



# Les rattachements en droit international privé

Manuel Jorge

## ► To cite this version:

Manuel Jorge. Les rattachements en droit international privé. Droit. Université Paris 1-Panthéon Sorbonne, 1988. Français. NNT: . tel-01116739

**HAL Id: tel-01116739**

**<https://hal.science/tel-01116739>**

Submitted on 16 Feb 2015

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ DE PARIS I - PANTHÉON - SORBONNE

Sciences juridiques et politiques

# LES RATTACHEMENTS ALTERNATIFS EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Thèse pour le Doctorat d'Etat en Droit

par

**Manuel JORGE**

sous la direction de M. le Professeur Paul Lagarde

## JURY

M. Bertrand ANCEL  
*Professeur à l'Université de Paris XI*

M. Pierre BOUREL  
*Professeur à l'Université de Paris II*

M. Jacques FOYER  
*Professeur à l'Université de Paris II*

M. Paul LAGARDE  
*Professeur à l'Université de Paris I*

M. Pierre MAYER  
*Professeur à l'Université de Paris I*

---

Soutenue publiquement le : 18 décembre 1988



UNIVERSITÉ DE PARIS I - PANTHÉON - SORBONNE

Sciences juridiques et politiques

# LES RATTACHEMENTS ALTERNATIFS EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Thèse pour le Doctorat d'Etat en Droit

par

**Manuel JORGE**

sous la direction de M. le Professeur Paul Lagarde

## JURY

M. Bertrand ANCEL  
*Professeur à l'Université de Paris XI*

M. Pierre BOUREL  
*Professeur à l'Université de Paris II*

M. Jacques FOYER  
*Professeur à l'Université de Paris II*

M. Paul LAGARDE  
*Professeur à l'Université de Paris I*

M. Pierre MAYER  
*Professeur à l'Université de Paris I*

---

*Soutenue publiquement le :*

**UNIVERSITÉ DE PARIS I - PANTHÉON - SORBONNE**

**Sciences juridiques et politiques**

# **LES RATTACHEMENTS ALTERNATIFS EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ**

Thèse pour le Doctorat d'Etat en Droit

par

**Manuel JORGE**

sous la direction de M. le Professeur Paul Lagarde

## **JURY**

M. Bertrand ANCEL  
*Professeur à l'Université de Paris XI*

M. Pierre BOUREL  
*Professeur à l'Université de Paris II*

M. Jacques FOYER  
*Professeur à l'Université de Paris II*

M. Paul LAGARDE  
*Professeur à l'Université de Paris I*

M. Pierre MAYER  
*Professeur à l'Université de Paris I*

---

*Soutenue publiquement le :*

# **LES RATTACHEMENTS ALTERNATIFS EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ**

par

**Manuel JORGE**

## **SOMMAIRE**

INTRODUCTION .....	
PREMIÈRE PARTIE :	
LA STRUCTURE DU SYSTÈME ALTERNATIF .....	
CHAPITRE I - L'OPTION ET SON TITULAIRE .....	
CHAPITRE II - LA FINALITÉ MATÉRIELLE .....	
DEUXIÈME PARTIE :	
LE FONCTIONNEMENT DU SYSTÈME ALTERNATIF .....	
CHAPITRE I - LA COORDINATION DES LOIS INTÉRESSÉES	
CHAPITRE II - LES INCIDENTS DE FONCTIONNEMENT DU SYSTÈME ALTERNATIF .....	
CHAPITRE III - ESSAI DE CORRECTION DU SYSTÈME ALTER- NATIF PAR LE PRINCIPE DE PROXIMITÉ ...	
CONCLUSION .....	
ANNEXES .....	

## TABLE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

A. ou art.	: Article
A.J.C.L.	: The American Journal of Comparative Law
A.J.I.L.	: The American Journal of International Law
AL	: Alinéa
Annuaire	: Annuaire de l'Institut de Droit International
Ann.Sui.D.I.	: Annuaire Suisse de Droit International
Ass. Nat.	: Assemblée Nationale
A.T.F.	: Arrêts du Tribunal Fédéral Suisse
B.G.B.	: Bürgerliches Gesetzbuch
B.D.I.P.	: Bibliothèque de droit international privé
Bull. Civ.	: Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation, Chambres civiles
C. civ.	: Code civil
Cass	: Cour de Cassation
Cass. Civ.	: Cour de Cassation, Chambre Civile
Cass. Belgique	: Cour de Cassation de Belgique
Cass. Italie	: Cour de Cassation d'Italie
Cass. Ass. Plen.	: Cour de Cassation Assemblée plénière
Cass. Req.	: Cour de Cassation, Chambre des Requêtes
Cass. Réun.	: Cour de Cassation, Chambres Réunies
Chr.	: Chronique
Clunet	: Journal du Droit International
D.	: Recueil Dalloz
D.P.	: Recueil Dalloz Périodique
D.H.	: Recueil Dalloz Hebdomadaire
D.A.	: Recueil Dalloz Analytique
D.C.	: Recueil Dalloz Critique
D.S.	: Recueil Dalloz Sirey
Deb.	: Débats
D.I.P.	: Droit International Privé
Dt. civ.	: Droit Civil
Dt. comp.	: Droit Comparé
Dt. Int.	: Droit International
ed.	: Edition
E.G.B.G.B.	: Einführungsgesetz zum B.G.B. (Loi d'Introduction au Code civil allemand)
Fasc.	: Fascicule
G.P.	: Gazette du Palais
I.C.L.Q.	: The International and Comparative Law Quarterly
in	: à l'intérieur (de tel ouvrage)
infra	: ci-dessous, plus loin



I.P.R.	: Internationales Privatrecht
I.P.R. Sprechung	: Die deutsche Rechtsprechung auf Gebiete des Internationalen Privatrechts
J.-Cl. Dt. Int.	: Juris-Classeur de Droit International, 7 vol., sous la direction de B. Goldman
J. Clunet	: Journal de Droit International (fondé par E. Clunet)
J.C.P.	: Juris-Classeur Périodique (la semaine Juridique)
J. Not.	: Journal des Notaires et des Avocats
J.O.	: Journal Officiel de la République Française
J.O.C.E.	: Journal Officiel des Communautés Européennes
J.T.	: Journal des Tribunaux, Bruxelles
J.W.	: Juristische Wochenschrift
L.G.D.J.	: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
L.Q.R.	: The Law Quarterly Review
L.R.D.C.	: Loi fédérale suisse sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour
n.	: note
N.J.W.	: Neue Juristische Wochenschrift
Ned. Tijd. Int. Recht	: Nederlands Tijdschrift International Recht
obs.	: Observations
op. cit.	: Ouvrage cité
P. - pp.	: Page - pages
rappr.	: Rapprocher
Rabels Z. ou parfois,	improprement, Rabelszeitung :
	Rabelszeitung für ausländisches und internationales Privatrecht
Rec. ou R.C.A.D.I.	: Recueil des Cours de l'Académie de la Haye
Rep.	: Répertoire Dalloz de Droit International 2 volumes, sous la direction de Ph. Francescakis
Rép. Not.	: Répertoire du Notariat, Defrénois
rev. arb.	: Revue de l'Arbitrage
R.C.D.I.P.	: Revue Critique de Droit International Privé
R.D.I.	: Rivista di Diritto Internazionale
R.D.I.P.	: Revue de Droit International Privé
R.E.D.I.	: Revista Espanola de Derecho Internacional
R.I.D.C.	: Revue Internationale de Droit Comparé
R.I.D.L.C.	: Revue Internationale de droit et de Législation Comparée
R.T.D.C.	: Revue trimestrielle de droit civil
R.T.D.E.	: Revue trimestrielle de droit européen
R.D.I.P.P.	: Rivista di diritto internazionale privato e processuale
S.	: Recueil Sirey
spécialt.	: Spécialement
supra.	: ci-dessus
sv.	: suivants, suivantes
T.G.I.	: Tribunal de Grande Instance
Trib.	: Tribunal Civil ou Tribunal de Grande Instance — à noter que des Cours d'Appel sont citées par le seul nom de la ville de leur siège
travaux	: Travaux du Comité Français de Droit International Privé
vol.	: Volume
V°	: verbo, mot (au)
civ.	: Chambres Civiles de la Cour de Cassation

## ERRATUM

Le paragraphe n° 72 pages 77, 78 et 79 sera remplacé par le texte suivant :

72. — Lorsque l'article 2083 du nouveau Code civil du Pérou dispose que : « La filiation légitime est soumise à la loi la plus favorable à la légitimité, d'entre celle de la célébration du mariage vu celle du domicile conjugal à l'époque de la naissance de l'enfant », l'auteur de la règle n'indique pas le titulaire de l'option : est-ce les parties ? Est-ce le juge ?

Cette indétermination du titulaire de l'option n'est, certes, pas l'apanage des règles à rattachements indéterminés. Elle peut se retrouver, également, dans les règles à rattachements déterminés<sup>178</sup>. Mais, il se peut que dans les règles à rattachements indéterminés, l'indétermination du titulaire de l'option se double d'une indétermination de l'étendue de l'option.

L'on peut, certes, se fonder sur une interprétation logique du texte pour déterminer l'auteur de l'option. Mais la solution ne serait qu'approximative dans la mesure où elle ne correspondrait qu'à « l'une des interprétations possibles », conformément à l'expression d'un auteur<sup>179</sup>.

On peut expliquer cette indétermination par le fait que lorsque l'auteur de la règle se réfère à « la loi la plus favorable », à la « meilleure loi » ou « *better law* », il signifie son intention de protéger, spécialement, le rapport juridique qu'il régit vu les parties qui y participent. Dès lors, il serait logique de dire qu'il incombe au juge de déterminer la loi applicable à l'affaire dans la mesure où ce dernier apprécierait, objectivement, les intérêts en jeu.

Mais cet argument se heurte à une objection majeure : peut-on valablement dire que le juge connaît mieux qu'une partie où est l'intérêt de celle-ci ? Ou, posée en d'autres termes : l'intérêt d'une partie se confond-t-il avec la faveur qu'on lui accorde ?

L'objection est sérieuse et elle se trouve clairement exprimée par le jugement du Tribunal de Grande Instance de Paris du 30 avril 1985<sup>180</sup>. Le tribunal semble dire que l'intérêt de l'enfant ne se confond pas avec la faveur qui lui est accordée par la loi.

C'est, peut-être, pour éviter l'incertitude et l'insécurité juridique que les projets et les codifications récentes, tout en faisant une référence à la « loi la plus favorable », déterminent avec beaucoup plus de précision le titulaire de l'option. Tel est, par exemple, le cas des articles 132, 135, 138 et 139 de la loi suisse qui permettent *au lésé* de sélectionner la loi la plus favorable en matière de responsabilité du fait des produits, en matière de responsabilité du fait d'immissions ou en matière de responsabilité pour atteinte à la personnalité.

Au fond, on peut se demander si l'édiction de règles à rattachements indéterminés se justifie encore lorsque l'indétermination ne porte que sur l'étendue de l'option, ou sur la titularité de l'option. Des règles telles que celles de l'article 2083 du nouveau Code civil du Pérou ou celle, de l'article 21 de la loi autrichienne de 1978, se rapprochent des règles à rattachements déterminés, car, la référence à la « loi la plus favorable » y prend un caractère superfétatoire, comme il a été déjà démontré<sup>181</sup>.

Ce sont ces règles à rattachements déterminés qui seront étudiées à présent.

## **INTRODUCTION**

« Les juristes parlent en général des principes juridiques comme d'une notion bien connue : ils se dispensent ainsi de l'analyser ».  
G. RIPERT, « Les forces créatrices du droit ». Paris, n° 132, p. 326.

1. — En 1890 déjà, JITTA avait fait remarquer que la règle de droit international privé risquait de devenir une « guillotine à conflits » et qu'il fallait éviter le développement d'une telle tendance<sup>1</sup>.

Plus récemment, certains auteurs ont dénoncé le caractère « mécanique », « rigide », « aveugle », « factice » et « inadapté » de la règle de conflit classique<sup>2</sup>.

La base de ces critiques résidait, selon ces auteurs, dans le fait que le rattachement était interprété de manière formelle et abstraite, alors qu'il doit être considéré comme l'expression de la réalité concrète de la Société dans laquelle la situation à régir, est insérée de manière à en présenter une solution satisfaisante<sup>3</sup>.

En effet, un tel aspect n'était pas facile à observer tant que le « siège » de la matière était exprimé par un rattachement unique<sup>4</sup>.

L'évolution vers la prise en considération directe du *lien concret* qui rattache une situation de fait à un ordre juridique, a suivi une double voie : d'une part, l'élaboration de règles de conflit à « rattachement flexible »<sup>5</sup> et d'autre part, l'élaboration de règles à « rattachements alternatifs »<sup>6</sup>.

Mais ces expédients ne relèvent ni d'un même esprit, ni d'une même technique.

En effet, les « rattachements flexibles » ou « flous », se bornent à aménager une exception pour les cas où la situation de fait à régir ne présenterait que des « liens très lâches » avec l'ordre juridique désigné par le rattachement de principe<sup>7</sup>.

Or, les « rattachements alternatifs » relèvent d'une autre approche du problème.

En effet, avec les rattachements alternatifs, il ne s'agit plus, uniquement, d'aménager le rattachement pour rétablir la localisation effective de la situation à régir. Il s'agit ici d'assigner à la règle de droit international privé, une finalité qui ne peut être accomplie qu'en raison de la structure particulière dont cette même règle a été dotée<sup>8</sup>.

2. — C'est que les rattachements alternatifs en droit international privé, ne font que refléter le « mouvement des idées dans le droit des conflits », à l'heure actuelle<sup>9</sup>.

Mais, aux difficultés qu'ils soulèvent au moment de l'élaboration<sup>10</sup> peuvent s'en rajouter d'autres, au moment de l'application<sup>11</sup>.

Pour s'en convaincre, il suffit de se reporter, notamment, aux attendus suivants, d'un jugement rendu le 30 avril 1985, par le Tribunal de grande instance de Paris<sup>12</sup> :

« ... Aux termes de l'article 311-14 du Code civil, la filiation de l'enfant en cause... est régie par la loi... personnelle de la mère au jour de la naissance ».

« ... La circonstance que l'enfant ait fait l'objet d'une reconnaissance par un Français ne permet pas davantage la substitution de la loi française à la loi réglant la filiation, encore que cette reconnaissance puisse être régie par la loi personnelle de son auteur, conformément à l'article 311-17, ... *ce texte, en effet ne définit pas une règle de conflit de lois, mais se limite à poser les conditions de validité de la reconnaissance* »<sup>13</sup>

Un commentateur de cette décision a donc pu dire que « ... les magistrats ont désormais la perception claire que les règles de droit international privé qui visent l'obtention d'un certain résultat ne sont pas de véritables règles de conflit de lois... »<sup>14</sup>.

3. — En effet, la règle de conflit classique est une norme de réglementation indirecte. Elle ne désigne pas la loi matérielle applicable au rapport de droit. Elle indique, seulement, l'Etat dont la législation est la plus apte à régir le cas concret<sup>15</sup>.

Or, sous l'influence de la critique développée, notamment par la doctrine américaine, à l'encontre de la règle de conflit classique<sup>16</sup>, un « courant substantialiste » s'est développé en droit international privé, dans le but d'intégrer dans le raisonnement conflictuel la nécessité de la prise en considération du contenu matériel des lois à appliquer<sup>17</sup>.

4. — Cette tendance s'est manifestée sous la forme d'élaboration de règles de rattachement dans un but matériel : la validité d'un acte, l'établissement d'une filiation, l'obtention d'une pension alimentaire, etc<sup>18</sup>.

Au plan de la technique d'élaboration de la norme, cette tendance se caractérise par l'introduction dans la règle de conflit d'une « pluralité de points de

rattachements », pour favoriser la concrétisation d'un effet juridique contenu dans sa prévision<sup>19</sup>.

Et cette concrétisation n'est possible que si l'organe d'où émane la norme, en prescrit l'application alternative<sup>20</sup>.

5. — Or, lorsque le législateur édicte des règles à rattachements alternatifs, il ne donne pas des directives quant aux modalités d'application.

Ainsi, la question se pose de savoir comment combiner les rattachements : se trouvent-ils sur un pied d'égalité ? Sont-ils hiérarchisés ? La réponse à ces questions ne va pas de soi et de nombreuses difficultés peuvent surgir<sup>21</sup>.

Les difficultés de mise en oeuvre des rattachements alternatifs en droit international privé, sont multiples et variées<sup>22</sup>.

La divergence des solutions données par les législations nationales aux différentes questions qui feront l'objet de cette recherche, impose une étude comparative des différents systèmes nationaux<sup>23</sup>.

En effet, comme l'a remarqué le doyen Batiffol, « l'approfondissement de l'étude des systèmes positifs et de leurs raisons d'être a amené, avec le développement des relations internationales à l'étude comparative des systèmes existants. Le droit international privé comparé ne méconnaît pas la légitimité de ces systèmes, mais il cherche à comprendre les raisons de leurs divergences, parce que c'est la voie la plus propre à provoquer des rapprochements qui tiennent compte du caractère international des relations en cause pour éviter autant que possible des divergences de solutions »<sup>24</sup>.

6. — La notion de « rattachement alternatif », qui est à la base même de tous les développements qui suivront, n'est pas d'une grande clarté<sup>25</sup>.

C'est qu'en effet, l'expression « rattachement alternatif » regroupe en un seul deux concepts : il y a, d'une part, le concept de « rattachement » et d'autre part, celui « d'alternative ».

Or, le concept de rattachement est utilisé, soit pour désigner le « point de rattachement » soit, également, pour désigner l'ordre juridique auquel il convient d'emprunter la règle applicable au fond du rapport juridique<sup>26</sup>.

Pour la clarté de l'exposé, l'on retiendra, seulement, que le rattachement sert de « pont » entre la situation à régir et l'ordre juridique qui fournira la loi applicable au fond<sup>27</sup>.

Quant au concept d'alternative, il appartient, tout d'abord, au domaine de la logique<sup>28</sup>. Sa transposition au domaine du droit ne va pas sans poser des problèmes.

En effet, au plan logique, l'alternative n'est qu'une des expressions de la disjonction<sup>29</sup>.

Or, en pratique, la disjonction traduit une ambiguïté que le latin cherchait à éviter en utilisant deux mots distincts pour déterminer le sens du mot « ou » : *vel*, pour le sens non exclusif et *aut*, pour le sens exclusif<sup>30</sup>.

Le droit et le droit international privé, en particulier, utilise l'expression « rattachements alternatifs », sans que l'on sache dans quel sens il faut l'interpréter<sup>31</sup>.

7. — Il semble, toutefois, que les rattachements alternatifs, de par leur structure particulière et leur but, comportent deux éléments susceptibles de contribuer à une meilleure compréhension de la notion.

Il convient, en effet, de distinguer les deux éléments impliqués par la structure des règles à rattachements alternatifs.

Il y a, tout d'abord, dans ce type de règles, un élément qui indique le *critère du choix de la loi* : c'est la disjonction des rattachements.

Par exemple, lorsque le « projet de code arabe unifié des transactions », prévoit en son article 73 que<sup>32</sup> : « ... En ce qui concerne les conditions de forme, le mariage entre deux étrangers ou entre un étranger et un national sera considéré comme valide s'il a été conclu conformément à la loi du pays de conclusion ou si les conditions de forme prévues par la loi de chacun des deux conjoints ont été respectées », il faut noter, essentiellement, que le critère adopté pour la détermination de la loi applicable à la forme du mariage entre époux de nationalité différente est la disjonction des rattachements : soit cette détermination repose sur la loi locale, soit sur celle de chacun des deux conjoints<sup>33</sup>.

Il y a, ensuite, dans ce type de règles, un élément qui indique le *critère d'application de la loi choisie* : c'est le caractère alternatif des rattachements.

Par exemple : lorsque le droit international privé yougoslave prévoit dans la loi du 15 juillet 1982, article 28, alinéa 3<sup>34</sup> que : « L'illicéité d'un fait est appréciée conformément au droit du lieu où le fait s'est produit ou de celui où ses effets se sont réalisés ; Si le fait s'est produit ou si les effets se sont réalisés en plusieurs lieux, il suffit que le fait soit illicite d'après le droit de l'un de ces lieux », il faut retenir surtout que la seule disjonction des rattachements ne suffit pas.

Pour que la volonté du législateur aboutisse il faut respecter l'injonction d'application alternative contenue dans la norme.

C'est, ce que M. Bourel appelait dans sa thèse « cumul électif »<sup>35</sup>.

Aussi, l'étude des rattachements alternatifs en droit international privé implique la nécessité d'une recherche portant, tout d'abord sur la *Structure du système alternatif* (première partie) et, ensuite, sur le *Fonctionnement du système alternatif* (seconde partie).

En ce qui concerne la méthodologie générale de la recherche, il convient de remarquer qu'elle sera comparative et qu'elle s'effectuera selon la méthode inductive. Ceci implique, une quadruple préoccupation d'ordre général : observer, décrire, analyser et comparer.

## NOTES

1. JITTA, « La méthode du droit international privé, la HAYE, 1890, p. 44.
  2. Cf. notamment : CAVERS, « A critique of the choice of law problem », *HARV. Law Rev.*, 1933, p. 193 ; PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices et Règles de rattachement à caractère substantiel*, Genève, 1985, p. 201, ss. et spéc. n° 450 et ss ; DE NOVA, « Rilevanza... » ; F. KNOEPFLER « le droit international privé : froideur mécanique ou justice casuistique... » in *conferences Universitaires de Neuchâtel, 1976, p. 35 ss.* ; JUENGER, « Cours général... », *R.C.A.D.I.*, 1985, IV, p. 119 et ss.
  3. Cf. toutefois un élément du caractère injustifié de ces critiques, mis en avant par MM. BATIFFOL et LAGARDE qui font observer que : « La tendance séculaire à la « réalité » des lois exprime le sentiment que la localisation la meilleure d'un rapport juridique est celle qu'indique son objet matériel, s'il en a un », in « *Droit international privé* », I, p. 316, n° 267 ; Cette même idée est reprise par M. B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel... », *RCADI*, 1984, III, p. 272 et ss.
  4. Cf. P. GRAULICH, « La signification actuelle... », *Mélanges Weil*, 1983 qui rappelle que l'article 6 des *Dispositions préliminaires du Code civil italien de 1865* prescrit que « l'état et la capacité des personnes, comme les rapports de famille, sont régis par les lois de la nation à laquelle elles appartiennent ». Et l'auteur ajoute, en note (1) : « Ce modèle sera suivi dans les législations ultérieurement promulguées ; on le retrouve encore, par exemple, dans les lois portugaise de 1966 et espagnole de 1974, ainsi que dans le troisième avant-projet français en matière de droit international privé... ».  
Il convient, toutefois, de noter qu'en droit positif français, ce modèle a été délaissé depuis la réforme du droit international privé de la filiation survenue en 1972.  
En effet, par cette réforme il a été introduit dans le Code civil les articles 311-16, 311-17 et 311-18, qui utilisent des rattachements alternatifs.
  5. L'expression est utilisée par GRAULICH, *op. cit.* p. 296, §2.  
Cf. également E. VITTA, Cours Général, *op. cit.* p. 178.
  6. A vrai dire, il s'agit d'une pratique ancienne : cf. notamment : BATIFFOL et LAGARDE, *D.I.P.*, tome I, p. 260, n° 216 ; GUTZWILLER, « Le développement historique du droit international privé », *R.C.A.D.I.*, 1929, IV, p. 287 et ss.
  7. On peut citer, à titre d'exemple l'article 14 du projet fédéral suisse sur le droit international privé qui dispose : « Le droit désigné par la présente loi n'est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l'ensemble des circonstances, il apparaît que la cause n'a qu'un lien très lâche avec ce droit, mais se trouve dans une relation manifestement plus étroite avec un autre droit ».  
Pour une analyse du rôle et de la portée du « principe de proximité » Cf. P. LAGARDE « Le Principe de proximité en droit international privé », *R.C.A.D.I.*, 1986, I, p. 13 et ss.  
Pour les solutions jurisprudentielles, cf. GRAULICH, *op. cit.*, notes 3 à 8.
  8. Cf. sur ce point, notamment, PATOCCHI, « Règles de rattachement localisatrices et Règles de rattachement à caractère substantiel », Genève, GEORG, 1985, P. 245, N° 498 et ss ; J.-P. LABORDE, « La pluralité du point de rattachement... », *Thèse*, Bordeaux, 1981, p. 295 et ss.
  9. Cf. Pierre MAYER : « Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois », in *DROITS*, n° 2, p. 138 ; *adde* : H. BATIFFOL « Actualité des intérêts du droit international privé », *Mélanges K. ZWEIGERT*, Tübingen, 1981, p. 23 ; F. POCAR, « La protection de la partie faible en droit international privé », *R.C.A.D.I.*, 1984, p. 341 ss.
  10. Cf. sur ce sujet, Andréas BUCHER : « sur les règles de rattachement à caractère substantiel », *mélanges Schnitzer*, Genève 1979, p. 40 et ss. ; *adde* : J.-P. LABORDE, « la pluralité du point de rattachement dans l'application de la règle de conflit », *thèse*, Bordeaux, 1981, p. 149 et ss.
  11. Aux auteurs cités à la note précédente on peut ajouter P. LAGARDE, note sous Cass. civ. I, 2 octobre 1984, *R.C.D.I.P.*, 1986, p. 59 ss. notamment p. 63, n° 6 ; voir encore Yves LEQUETTE, note sous T.G.I. Paris, 30 avril 1985, *R.C.D.I.P.*, 1986, p. 313 ss.
- Cet auteur fait remarquer que « les rédacteurs de la loi du 3 janvier 1972 ont succombé au péché d'analyse... désireux d'apporter à chaque question un traitement adéquat, ils ont



fragmenté le statut de la filiation en multipliant les règles de conflit. De là, des difficultés d'articulation qui, comme en l'espèce, ruinent pour partie au moins les ambitions affichées » (note précitée p. 315).

12. Cf. note précédente.

13. C'est nous qui soulignons.

14. Cf. Y. LEQUETTE, *op. cit. supra*, note 11.

15. Sur ce sujet Cf. notamment : GRAULICH, « la signification actuelle de la règle de conflit », *Mélanges WEIL*, 1983 p. 295 ; LOUSSOUARN, « la règle de conflit est-elle une règle neutre ? », *Travaux du Comité français de Dr. Int. Privé*, 1980-1981, T. 2, p. 43.

16. Cf. B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit », *R.C.A.D.I.* 1984. III. p. 223 ; *adde* : E. VITTA, « The impact in Europe of the American Conflicts Revolution », *The Am. Jour. of Compar. Law* XXX, 1982 p. 1 ; KURT G. SIEHR, « Domestic Relations in Europe : European Equivalents to American Evolutions », *ibidem* p. 37 ; Friedrich K. JUENGER, « American and European conflicts Law », *ibidem* p. 117.

17. Cf. Andreas BUCHER ; « Sur les règles de rattachement à caractère substantiel », *Mélanges schnitzer, Genève 1979, p. 40 et ss.* H. BATIFFOL, *op. cit. supra*, note 9. ; F. KNOEPFLER, « Le droit international privé : froideur mécanique ou justice casuistique — in *Conférences Universitaires de Neuchâtel*, 1976, p. 35 ss ; R. DE NOVA, « Rilevanza del contenuto delle norme in conflitto nella determinazione tradizionale della legge applicabile ; Rivista di Diritto Internazionale Privato e processuale, 1978 p. 141 ss ; VON OVERBECK « *Cours général de droit international privé* », *R.C.A.D.I.*, 1982 III p. 9 ; E. VITTA, *ibidem* 1979, I. p. 9.

18. Cf. à titre d'exemple les articles 311-16 ; 311-17 et 311-18 du Code civil français ; pour de plus amples renseignements, Cf. *Mélanges SCHNITZER*, précité, note 10, notamment : VON OVERBECK : « L'intérêt de l'enfant et l'évolution du droit international privé de la filiation », p. 361 ss ; F. RIGAUX : « La loi applicable à la forme des actes juridiques », p. 381 ss ;

19. Cf. J.P. LABORDE, *op. cit.* p. 215 ; Andreas BUCHER, *op. cit.* p. 41 ; POCAR, *op. cit.* p. 359 ss.

20. Sur la question de savoir si le juge peut faire, d'office, une application alternative de la norme, contre la volonté du législateur, Cf. Yves LEQUETTE, note précitée, notamment p. 317 ; voir, toutefois, l'opinion contraire de J.P. LABORDE, *op. cit.* p. 283 ss, n° 455.

Et sur l'ensemble de la question : Von OVERBECK ; « *Cours général...* » précité, p. 53 ss.

21. Cf. notamment Paul LAGARDE note sous Cass. civ. I., 2 oct. 1984, *R.C.D.I.P.*, 1986 P. 63, n° 6 ; *adde*, Andreas BUCHER, *op. cit.* notamment p. 40 et ss.

22. Cf. à titre d'exemple, sur l'admissibilité du renvoi, Jacques FOYER : « Requiem pour le renvoi ? » *Travaux du Comité français de Droit international privé* — 1980-1981, p. 105 et suivantes ; *adde* T.G.I. Paris 20 avril 1982 et Paris 8 mars 1983 *R.C.D.I.P.* 1984 p. 290 ss note Jacques FOYER ; Cass. civ. I., 15 juin 1982, *DALLOZ*, 1983, p. 431, note Eric AGOSTINI ; T.G.I., Paris, 20 avril 1982, *Clunet*, 1983, p. 583, note J. DERRUPEE ; Cass. civ., 15 juin 1982, *R.C.D.I.P.*, 1983, p. 300, note Jean Marc BISCHOFF ; Aix-en-Provence, 21 janvier 1981, *R.C.D.I.P.*, 1982, p. 297, note Gérard LEGIER et Jacques MESTRE.

23. Cf. notamment, DE NOVA, « Rilevanza del contenuto... » ; *op. cit.* ; Andreas BUCHER, *op. cit.* ; Henri BATIFFOL : « Droit Comparé, Droit International Privé et théorie générale du droit - *Rev. Int. Dr. Comp.*, 1970, p. 661 ; P.M. PATOCCHI : « Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel, Genève, 1985.

24. Cf. H. BATIFFOL, « La règle de droit en droit international Privé », in PERELMAN, Ch. — la règle de droit, Bruxelles. L'on peut consulter également, avec beaucoup d'intérêt : H. BATIFFOL : « *Droit comparé...* » *op. cit.* ; *ibidem*, Principes de Droit international privé, *R.C.A.D.I.*, 1959, II, p. 435, notamment l'introduction ; Y. LOUSSOUARN, « Le rôle de la méthode comparative en Droit International Privé », *R.C.D.I.P.*, 1979, p. 307 ss ; Von MEHREN, « L'apport du droit comparé à la théorie et à la pratique du droit international privé », *Rev. int. dr. comp.*, 1977, p. 493.

25. Cf. notamment A. BUCHER, *op. cit.* p. 40, qui s'exprime de la manière suivante : « Bien qu'une alternative concerne, logiquement, une situation qui offre le choix entre deux possibilités, la doctrine parle couramment de rattachements alternatifs, même dans les cas où le choix porte sur plus de deux lois différentes ».

26. Sur ce sujet, cf. notamment : J.-P. LABORDE, « La pluralité... », *op. cit.* p. 23 et ss.

27. Cf. RAAPE et STURM, *Internationales privatrecht, Munich, 1977, Band. I*, p. 103 et ss.

28. Cf. notamment W. QUINE, *Méthodes de logique*, Paris, Armand Colin, 1973, p. 19 et ss.

29. Pour une illustration de la difficulté, cf. FRANCESCAKIS, « Conflits de Lois », *in Rep. Dr. intern.* I, n° 188, p. 484. En effet, cet auteur écrit : « La règle de conflit est *alternative* lorsqu'elle prescrit de ne prendre en considération un rattachement qu'à défaut, en l'espèce, d'un autre. Elle établit, en somme, dans ce cas, une hiérarchie des rattachements ». Nous pensons pouvoir démontrer plus loin qu'une telle définition ne s'adapte pas à la notion exacte de « rattachement alternatif », telle qu'elle s'induit du droit positif, d'une part et que d'autre part, la question de la hiérarchie des rattachements n'est pas aussi évidente que cet éminent auteur le prétend.

30. Cf. QUINE, *op. cit.* p. 19 et ss.

31. Cf. A. BUCHER, *op. cit.* p. 40.

32. Cf. le texte du projet reproduit *in R.C.D.I.P.*, 1984, p. 383.

33. D'autres exemples peuvent être trouvés dans d'autres matières régies par des rattachements alternatifs. A titre indicatif, on citera :

— dans le domaine du droit de la famille : les articles 311-16, 311-17 et 311-18 du Code civil français ou l'article 72 de la loi suisse.

— dans le domaine du droit des obligations contractuelles : les articles 41 de la loi autrichienne ; 117 du projet suisse ; 5 et 6 de la Convention de Rome de 1980, sous réserve des explications qui suivront ; § 196 du Restatement Second des Etats-Unis ; §§ 51 et 52 de la loi hongroise de 1979.

— dans le domaine des obligations délictuelles : l'article 6 de la Convention de La Haye sur la responsabilité du fait des produits ; 132 de la loi suisse et 135 et 138 de la même loi.

— dans le domaine de la forme : l'interprétation donnée à la règle *locus regit actum*, par presque toutes les législations connues à l'heure actuelle. L'exemple le plus souvent cité étant celui de la forme des testaments, telle que réglementée par la Convention de La Haye de 1961. Les exemples donnés ici n'épuisent pas le domaine dans lesquels les rattachements alternatifs ont été utilisés.

34. Cf. le texte de la loi publié *in R.C.D.I.P.*, 1983, p. 353.

35. Cf. Pierre BOUREL, « Conflits de lois en matière d'obligations extra-contractuelles », p. 83 et ss.

On notera que l'expression « *cumul électif* », utilisée par l'auteur, montre bien l'ambiguïté des rattachements alternatifs.

En effet, l'auteur fait remarquer que : « Pour la Cour Suprême allemande, « le lieu du délit est chaque lieu où s'est réalisée une partie de l'activité délictuelle », (*Tatort ist jeder Ort, an dem sich auch nur ein Teil des Deliktsbestandes verwirklicht hat*). Le délit est ainsi considéré comme ayant été commis à la fois au lieu où agit l'auteur lui-même (*Handlungsort*) et au lieu où se sont produites les conséquences dommageables de son acte (*Erfolgsort* ou *Schadensort*) ». « Cette pluralité de concrétisations du délit n'implique pas, cependant, pluralité de législations compétentes. Le concours des deux lois locales ne doit pas être compris dans le sens d'un véritable cumul tel que nous l'avons précédemment envisagé. Le cumul est ici électif, c'est-à-dire que la victime a la faculté d'agir selon l'une ou l'autre des lois qui régissent les lieux du délit... Le délit est ainsi soumis en définitive à une législation unique : loi du lieu de l'acte ou loi du lieu du préjudice ».

Cf. également sur cette ambiguïté, I. KISCH, « la loi la plus favorable, in *Ius et Lex, Festschrift Max Gutzwiller*, p. 373 et ss ; G. CANSACCHI, « Le choix et l'adaptation de la règle étrangère dans le conflit de lois », *R.C.A.D.I.*, 1953, II, p. 195, note 2 ; P.-J. LABORDE, « La pluralité... », *op. cit.* ; G. SPERDUTI, « I criteri di applicazione delle leggi interne e straniere secondo il diritto internazionale privato », in *scritti in memoria di A. GIUFFRÉ*, Padoue 1977, p. 749 et ss.

## **PREMIÈRE PARTIE**

### **LA STRUCTURE DU SYSTÈME ALTERNATIF**

8. — La doctrine classique enseigne que la règle de conflit a pour but la solution des conflits de lois et non pas la solution des conflits d'intérêts qui peuvent surgir lors d'un cas concret que l'on cherche à résoudre. C'est en ce sens que l'on dit généralement, que la règle de conflit classique est une norme de réglementation indirecte<sup>1</sup>. Et pour pouvoir sauvegarder cette apparente « neutralité » quant au résultat à atteindre le droit international privé classique a formulé quelques principes de solution des conflits de lois, dont l'égalité entre *lex fori* et droit étranger<sup>2</sup>. La *structure bilatérale* de la règle de conflit classique est l'instrument privilégié de la conception universaliste du droit international privé<sup>3</sup>.

Or, avec la progression de la « jurisprudence des intérêts », la recherche d'une réglementation adéquate pour un type particulier de rapports juridiques, a entraîné un bouleversement certain de la méthodologie de solution des conflits de lois. Mais la « crise » du droit international privé dont on a parlé<sup>4</sup>, se révèle beaucoup plus par la *mise en cause de la structure* de la règle de conflit classique<sup>5</sup>, que par un bouleversement méthodologique profond, relativement à la tradition héritée de Savigny<sup>6</sup>.

L'on sait, en effet, que la structure de la règle de conflit classique est aménagée de manière à permettre la délimitation de la compétence des lois avec lesquelles le rapport de droit a des attaches. La *lex conveniens* est déterminée en fonction des liens particuliers qu'elle présente avec l'affaire, sans que le résultat final à atteindre entre en ligne de compte.

La structure de la règle de conflit classique est simple et intelligible, justement, parce que la règle reste indifférente au but matériel à atteindre<sup>7</sup>.

Or, dans les règles à rattachements alternatifs le problème n'est pas seulement celui de la délimitation de la compétence des lois. Il s'agit d'assurer la réalisation d'un objectif de droit matériel, voulu par l'auteur de la règle<sup>8</sup>.

Dès lors, il ne suffit plus d'observer la règle dans son fonctionnement et de la décomposer en tous ses éléments pour expliquer sa structure. Pour comprendre la structure des règles à rattachements alternatifs, il faut se référer, également, à des éléments extérieurs à la règle elle-même, mais qui exercent une influence décisive sur son fonctionnement. Il ne suffit plus de rattacher un rapport juridique à une loi, il faut encore que cette loi soit « adaptée » à la solution souhaitée de ce rapport juridique<sup>9</sup>.

C'est que l'existence d'une pluralité de rattachements ne suffit pas pour caractériser la structure particulière de la règle à rattachements alternatifs. Cette dernière se caractérise par le fait que l'application alternative dépend de la volonté de l'auteur de la règle<sup>10</sup>.

9. — Or, les règles à rattachements alternatifs constituent l'un des éléments essentiels de la transformation du droit international privé, à l'heure actuelle<sup>11</sup>. Elles sont le signe d'un certain recul de la règle de conflit classique dans la mesure où, la structure particulière dont elles sont dotées sert essentiellement, la réalisation d'un but : le choix de la loi en fonction du résultat<sup>12</sup>.

Aussi après avoir montré que la règle à rattachements alternatifs se caractérise par la nécessaire disjonction des rattachements, et que le choix de la loi applicable, implique l'exercice d'une option entre les rattachements, (chap : I), il convient ensuite de rechercher comment se manifeste la finalité matérielle de ces règles à rattachements alternatifs. (chap : II).

En effet, comme l'enseigne le doyen Batiffol « ... il paraît inévitable d'étudier les raisons d'être des normes, non pas seulement dans la contingence de leur devenir historique, mais aussi dans leurs stratifications en profondeur qui seules peuvent permettre de les organiser en systèmes »<sup>13</sup>.

## NOTES

1. Cf. notamment, VALLINDAS, « Structure de la règle de conflit », RCADI 1960. III. p. 340.
2. Cf. WENGLER, « Les conflits de lois et le principe d'égalité », RCDIP 1963 p. 203-231 ; 503.
3. Cf. notamment, G. VIVIER, « Le caractère bilatéral des règles de conflit de lois », R.C.D.I.P., RCDIP 1948
4. Cf. KEGEL, « The crisis of the conflict of laws », R.C.A.D.I., 1964, II, p. 91 et ss.
5. Cf. B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit », R.C.A.D.I., 1984, III, p. 223 et ss, spéc. p. 363.
6. Cf. SAVIGNY, « Traité de droit romain », tome VIII, §346, p. 6 et ss.  
Et dans le même sens Cf. Pierre MAYER, « Les lois de police étrangères », *op. cit.*, spéc. p. 294, note 44 *in fine*.
7. Cf. P. GRAULICH, « La signification actuelle de la règle de conflit », *op. cit.* ; B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit », *op. cit.*
8. Cf. *supra* n° 1, *in fine*.
9. Cf. *infra* n° 86, sur les mécanismes de la localisation dans l'application des règles à rattachements alternatifs.
10. Cf. en ce sens, G. CANSACCHI, « Scelta e addamento delle norme straniere richiamate », Turin, 1939, spéc. p. 170. Cet auteur relève, en effet, que : « La règle de droit international privé qui adopte ce mode de règlement, l'accompagne de deux éléments caractéristiques : *mention expresse* du fonctionnement alternatif de deux ou plusieurs éléments de rattachement ou *indication de l'effet juridique* en fonction duquel l'espèce doit être analysée par les schémas normatifs offerts par les deux ou plusieurs lois en concours ».
11. Cf. p. exemple, B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel... », *op. cit.*, p. 363, qui relève que : « il faut reconnaître également que *l'inclusion expresse de telles considérations matérielles dans les règles de conflit constitue l'entorse la plus grave à la conception traditionnelle de celle-ci* ».
12. Cf. notamment, CANSACCHI, « Choix et adaptation de la règle étrangère dans le conflit de lois », R.C.A.D.I., 1953 II, p. 79 et ss, spéc. p. 102 et ss ; VON OVERBECK, « Cours général... » *op. cit.*, p. 67 et ss, spéc. p. 73 et ss. Cf. également, Jacques FOYER, « Problèmes de conflits de lois en matière de filiation », *op. cit.*, spéc. p. 24 et ss. Selon cet auteur, « ... on constate des signes d'agonie » de la méthode conflictualiste dans le domaine du droit de la famille qui se manifeste par une remise en cause de ses postulats classiques : l'indifférence au résultat et l'égalité de traitement de la loi du for et de la loi étrangère (p. 24, n° 20). Et cet auteur ajoute : « On s'est tourné dès lors vers des règles de conflit moins monolithiques, moins rigides, plus diversifiées... » (*ibidem*, n° 21).
13. Cf. H. BATIFFOL — « Droit comparé, droit international privé et théorie générale du droit (le droit international privé et le caractère systématique du droit) », R.I.D.C., 1970, p. 661 et ss, spéc., p. 673.

## CHAPITRE PREMIER

### L'option et son titulaire

*« ...dans la vie juridique le pur fait et le pur droit sont introuvables ; le fait n'a d'existence que dès l'instant où il devient matière à application du droit, le droit n'a d'intérêt que dès l'instant où il vient s'appliquer au fait ; et par suite dès qu'un juriste pense le fait, il le pense comme matière du droit, dès qu'il pense le droit, il le pense comme forme destinée au fait »*  
J. RAY « *Essai sur la structure logique du Code Civil français* », p. 115.

10. — Les règles à rattachements alternatifs ont pour caractéristique essentielle le fait qu'elles offrent, à leurs destinataires, une option entre les rattachements pour leur permettre d'atteindre un but de politique législative voulu par l'auteur de la norme.

Mais cette option ne s'opère pas toujours selon les mêmes modalités. Il y a autant de modalités qu'il y a de types de règles à rattachements alternatifs. Par exemple, si l'on se réfère au rattachement de la forme des actes on peut constater des modalités différentes de formulation de la règle. Ainsi, l'article 36, alinéa 1, du Code civil portugais rattache, en principe, la forme des actes juridiques à la loi qui régit le fond de la question. La loi du lieu de conclusion n'intervient, éventuellement, qu'à titre accessoire. Telle n'est pas la solution adoptée par l'article 9, alinéa 1, de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, qui n'établit aucun ordre entre les rattachements. La solution dégagée dans l'arrêt *Pierucci*<sup>1</sup> diffère, elle aussi, de ces deux-là, dans la mesure où elle semble accorder la primauté au lieu de conclusion, à défaut de volonté contraire, expressément formulée<sup>2</sup>.

Ces mêmes modalités différentes d'envisager l'option entre les rattachements se retrouve dans presque tous les domaines dans lesquels ont été édic-



tées des règles à rattachements alternatifs<sup>3</sup>. La raison qui conduit l'auteur de la règle à privilégier tel ou tel rattachement au détriment de tel ou tel autre n'apparaît pas clairement. La diversité des modalités d'option semble montrer qu'il y a une certaine « incohérence »<sup>4</sup>.

M. J.-P. Laborde distingue trois types de règles à rattachements alternatifs : *règles à forme de choix*, lorsqu'une option est offerte aux parties ; *règles à forme d'indication de la loi la plus favorable* et *règles à forme de résultat*, lorsque la règle énonce un résultat déterminé<sup>5</sup>.

Pour élaborer sa typologie, J.-P. Laborde se fonde sur les dispositions de la loi du 3 janvier 1972, insérée dans le Code civil français, pour régler les conflits de lois relatifs à l'établissement de la filiation. Cette typologie ne semble, toutefois, pas correspondre aux données exactes de l'observation.

Ainsi, par exemple, toutes les règles à rattachements alternatifs impliquent l'application de la loi la plus favorable car, l'alternative est faite pour servir une politique de faveur. Dès lors, il ne semble pas que l'on puisse valablement parler de règle à forme de désignation de la loi, comme d'un type particulier de règles à rattachements alternatifs. De même, il ne semble pas que l'on puisse valablement parler de « règles à forme de choix », comme d'un type particulier de règles à rattachements alternatifs. En effet, lorsque l'auteur de la règle édicte la norme, généralement, il ne dit pas à qui appartient le choix. Et même lorsqu'il le dit, la question se pose de savoir si le juge peut corriger le choix des parties<sup>6</sup>. Quant aux règles à forme de résultat, encore faut-il s'entendre sur le mot « *résultat* ». Si le résultat est l'effet concret voulu par l'auteur de la norme, on peut dire que toute règle à rattachements alternatifs contient toujours l'indication d'un résultat, ne serait-ce qu'implicitement, car il y va de l'essence même du « *système alternatif* ».

En somme, une règle à rattachements alternatifs implique toujours une option entre plusieurs lois, de manière à ce que l'application soit faite de la loi la plus favorable à l'obtention d'un résultat voulu par l'auteur de la norme.

La question de savoir qui est le titulaire de l'option n'est pas toujours résolue, de manière expresse, par l'auteur de la règle.

Aussi, l'on essayera de démontrer, tout d'abord, que la règle à rattachements alternatifs est une règle à option (Section I) et l'on cherchera à déterminer, ensuite, le titulaire de l'option (Section II).

## Section I

### **La règle à rattachements alternatifs est une règle à option**

11. — Lorsqu'on observe la structure d'une règle à rattachements alternatifs, l'on est amené à constater que l'édiction de ce type de normes répond à des préoccupations de droit matériel. L'on cherche, en effet, par ce biais, à réaliser certains objectifs politiques, économiques et sociaux qui paraissent dignes d'une protection juridique particulière à l'auteur de la règle.

Ainsi, le nouveau Code civil du Pérou dispose en son article 2083 : « La filiation légitime est soumise à la loi plus favorable à la légitimité, d'entre celle de la célébration du mariage ou celle du domicile conjugal à l'époque de la naissance de l'enfant »<sup>7</sup>.

L'application alternative de la norme résulte donc d'une injonction de l'auteur de la règle. Il en va de même lorsqu'on observe la disposition de l'article 28, alinéa 3 de la loi yougoslave du 15 juillet 1982, qui dispose : « L'illicéité d'un fait est appréciée conformément au droit du lieu où le fait s'est produit ou de celui où ses effets se sont réalisés ; si le fait s'est produit ou si les effets se sont réalisés en plusieurs lieux, il suffit que le fait soit illicite d'après le droit de l'un de ces lieux ».

Aussi, il est possible de dire qu'il n'y a pas d'application alternative d'une norme de ce type, sans la volonté de l'auteur de la règle.

Le système ou le procédé des rattachements alternatifs ne se conçoit pas sans la volonté de l'auteur de la norme dont on prescrit l'application alternative. Et le rôle de la volonté de l'auteur de la règle peut être démontré à partir d'un constat et d'une interrogation.

Le constat réside dans le fait que l'application optionnelle de la règle à rattachements alternatifs dépend de la volonté de son auteur (§1).

Mais, ne doit-on pas se demander si, au-delà de ce que nous révèle la réalité, une application optionnelle peut être faite, même contre la volonté de son auteur ? (§2)

#### **§1. — L'application optionnelle de la règle dépend de la volonté de l'auteur**

12. — Dire que l'application optionnelle de la règle à rattachements alternatifs dépend de la volonté de son auteur implique, nécessairement, la recherche

des modes d'expression de la volonté de l'auteur de la règle d'une part (I) et, par conséquent, la détermination de l'auteur de la règle, d'autre part (II).

## I — MODES D'EXPRESSION DE LA VOLONTÉ DE L'AUTEUR DE LA RÈGLE

La volonté de l'auteur de la règle ne se manifeste pas toujours suivant un mode unique ou uniforme.

Lorsqu'on recherche les modes d'expression de cette volonté, l'on est conduit à constater que celle-ci peut être exprimée de manière implicite ou de manière explicite.

En effet, parfois l'auteur de la règle adopte un rattachement « flou », pour prescrire l'application alternative de la règle (a).

Mais, le plus souvent la volonté de l'auteur de la règle s'exprime de manière explicite, par l'adoption de rattachements disjoints (b).

### a) La volonté implicite de l'auteur

13. — L'auteur d'une règle de rattachement peut prescrire, implicitement, l'application alternative de celle-ci par la simple adoption d'un rattachement flou. Tel est le cas lorsque l'auteur de la règle se borne à dire que, pour la réalisation ou la concrétisation de sa volonté, l'on doit faire application de « *la loi la plus favorable* », ou encore lorsque l'auteur de la règle laisse au juge, le soin de rechercher la « *better law* », la « *meilleure loi* ».

Ainsi, par exemple, l'article 2083 du Code civil du Pérou, précité, dispose : « *La filiation légitime est soumise à la loi plus favorable à la légitimité...* ».

Cette même formulation se retrouve dans les législations, codifications et projets de codification les plus récents<sup>8</sup>.

Tel est le cas, par exemple, de l'article 21 de la loi autrichienne, lequel prévoit que la légitimité de l'enfant dont les parents ont des nationalités différentes est régie par la plus favorable des lois nationales de son auteur.

Tel est également, le cas de la loi hongroise qui utilise ce rattachement dans plusieurs de ses dispositions. Ainsi l'article 46 prévoit expressément l'application de la loi hongroise pour régir les rapports entre parents et enfants, et pour régir les obligations alimentaires lorsque l'enfant est hongrois ou habite en Hongrie, dès lors que la loi hongroise est plus favorable.

L'article 48, alinéa 3 donne la même solution en cas de tutelle, et les articles 10, alinéa 2 et 32 de la même loi donnent des solutions semblables aux litiges portant sur les atteintes aux droits de la personne, ou sur la responsabilité extracontractuelle, en général.

Malgré le type de rattachement adopté dans des normes de ce genre, la volonté de prescrire l'application alternative est évidente<sup>9</sup>.

Dans tous les cas, il faut comparer la teneur des lois en concours et formuler un jugement de valeur sur chacune d'elles pour opérer le choix adéquat. Une loi n'est jamais « appropriée » en elle-même, de même qu'on ne peut

concevoir des lois « plus favorables », ou « meilleures » que par rapport aux autres, dont on exclut l'application<sup>10</sup>.

Les critiques suscitées par ces volontés implicites d'application alternative des lois en concours sont bien connues. Evrigénis a parlé d'une « *justice de cadi* »<sup>11</sup>, Roubier a remarqué que l'idée de faveur est exclusive de celle de droit<sup>12</sup>, Kisch a mis en avant la difficulté de détermination de la loi favorable<sup>13</sup>.

C'est, peut-être, en raison de ces critiques que l'élaboration des règles à rattachements alternatifs, surtout en Europe, se fait, le plus souvent, par l'indication du nombre de lois à comparer.

C'est ce passage de la volonté implicite de l'auteur de la règle, à la volonté explicite qu'il convient, désormais, d'illustrer.

#### *b) La volonté explicite de l'auteur ou les rattachements disjoints*

14. — Pour comprendre comment se pose le problème, il convient de se rappeler que la règle à rattachements alternatifs est un instrument de faveur ou de protection, dans la mesure où l'esprit du système implique le choix de la loi qui fournit la meilleure solution parmi toutes celles qui se trouvent en concours.

Il est, par conséquent, superfétatoire de dire, comme le fait l'article 2083 du Code civil du Pérou, et autres dispositions similaires, que « *la filiation légitime est soumise à la loi la plus favorable à la légitimité, d'entre celle de la célébration du mariage ou celle du domicile conjugal à l'époque de la naissance de l'enfant* ».

Cette règle aurait pu être rédigée sans aucune référence, expresse à « *la loi la plus favorable* », en énonçant uniquement, que la filiation légitime est régie, soit par la loi de la célébration du mariage, soit par celle du domicile conjugal à l'époque de la naissance de l'enfant. Et l'on aurait fait application de la loi la plus favorable car « l'alternative appelle la faveur »<sup>14</sup>, et également parce que telle est la signification de la disjonction des rattachements. Si une option est offerte, entre les rattachements en concours, aux destinataires de la règle c'est, surtout, pour permettre à ces dernières de choisir la loi la plus favorable. *L'alternative est l'envers du cumul.*

Ainsi, alors que la jurisprudence française avait posé le principe selon lequel « dans la poursuite de l'établissement de sa filiation, l'enfant peut se prévaloir des dispositions qui lui sont plus favorables, et notamment de la nationalité française acquise, même pendant l'instance pour continuer la procédure en cette qualité »<sup>15</sup>, la loi de 1972 sur les conflits des lois relatives à l'établissement de la filiation ne fait plus aucune référence expresse à « la loi la plus favorable », sans avoir toutefois, renoncé à la « mystique de la loi la plus favorable », suivant l'expression d'un auteur<sup>16</sup>.

C'est ainsi, que l'article 311-16 du Code civil français dispose : « Le mariage emporte légitimation lorsque, au jour où l'union a été célébrée, cette conséquence est admise, soit par la loi régissant les effets du mariage, soit par la loi personnelle de l'un des époux, soit par la loi personnelle de l'enfant ».

La disjonction des rattachements suffit pour imposer l'application alternative de la règle. Comme dans l'application de l'article 2083 du Code civil du Pérou, ici aussi, on fera application de la loi la plus favorable.

Les risques d'imprévisibilité diminuent, la sécurité juridique en est accrue, mais le problème relatif à la compatibilité de la faveur et du droit demeure<sup>17</sup>.

C'est généralement sous la forme de rattachements disjoints que les règles à rattachements alternatifs se présentent le plus souvent. Des exemples peuvent être retrouvés dans les règles relatives à la forme des actes, à la forme du mariage, à la filiation, au divorce<sup>18</sup>, voire à la succession<sup>19</sup>.

Certes, l'étendue de la faveur ou de la protection voulue par l'auteur de la règle varie selon que l'option appartient aux parties ou qu'elle appartient à l'organe chargé de son application. Mais, il ne semble pas que l'on puisse, au plan de la logique et au plan strictement juridique, distinguer les règles à rattachements alternatifs de celles où une « *autonomie de la volonté* » est laissée aux parties, ainsi que le font le professeur Von Overbeck<sup>20</sup> et M. Patocchi<sup>21</sup>.

C'est que, par définition, les rattachements alternatifs impliquent une option. Et que l'option appartienne aux parties ou qu'elle appartienne à l'organe chargé de l'application de la norme, cela n'a aucune influence sur la qualification de la règle<sup>22</sup>.

Par ailleurs, il ne semble pas non plus que l'on puisse distinguer ce que le professeur Von Overbeck<sup>23</sup> et M. Patocchi<sup>24</sup> appellent « *rattachements subsidiaires en fonction du résultat* », des règles à rattachements alternatifs.

En effet, c'est le professeur Von Overbeck, lui-même, qui souligne le fait qu'il faut distinguer les « *rattachements subsidiaires en fonction du résultat* », de « *... ce qu'on désigne généralement par « système de rattachements subsidiaires », c'est à dire une suite de rattachements subsidiaires, les uns aux autres pour les cas où un rattachement ne fonctionne pas...* »<sup>25</sup>.

C'est que la seule hiérarchie des rattachements ne suffit pas à fonder un critère de distinction entre rattachements alternatifs, et les prétendus « *rattachements subsidiaires en fonction du résultat* ». D'ailleurs, aussi bien le professeur von Overbeck que M. Patocchi, semblent en convenir, du moins implicitement. En effet, le professeur von Overbeck relève que : « *Comme en cas de rattachement alternatif, on constate que le nombre de possibilités dépend des circonstances du cas concret...* »<sup>26</sup>. Cette même idée est exprimée par M. Patocchi en ces termes : « *... si la loi retenue par le critère de localisation n'aboutit pas au résultat matériel escompté, la loi subsidiairement applicable entre en ligne de compte...* »<sup>27</sup>.

Si, en réalité et malgré la hiérarchisation des rattachements, le choix de la loi applicable s'effectue par l'exercice d'une option entre les rattachements en fonction du résultat concret voulu par l'auteur de la règle, l'on ne voit pas la différence entre les « *rattachements subsidiaires en fonction du résultat* » et les « *rattachements alternatifs* »<sup>28</sup>.

En somme, les auteurs qui parlent de « *rattachement subsidiaire en fonction du résultat* », semblent oublier le fait que les rattachements dits alternatifs sont ainsi appelés par rapprochement avec ce qui se passe en logique. Or, en logique, on distingue deux types d'alternative : l'*alternative exclusive*, dans

les cas où l'une des branches de l'option exclut l'autre et l'*alternative non-exclusive*, dans les cas où l'on peut opter, indifféremment, pour l'une ou l'autre des branches de l'alternative, avec une équivalence des résultats<sup>29</sup>.

C'est la raison pour laquelle nous englobons dans la catégorie générale des règles à rattachements alternatifs, non seulement celles qui se réfèrent à « la loi la plus favorable », mais, également, celles que la doctrine suisse représentée, notamment, par le professeur von Overbeck, A. Bucher et P.-M. Patocchi, appellent « rattachements subsidiaires en fonction du résultat »<sup>30</sup>.

Au fond, ce qu'il faut retenir c'est qu'il n'y a pas d'autre différence entre les règles à rattachements alternatifs et celles dites à « rattachements subsidiaires en fonction du résultat », que celle qui porte sur la hiérarchisation ou non des rattachements. Mais que les rattachements soient hiérarchisés ou pas, le choix de la loi se fait toujours par la *disjonction des rattachements*, ce qui implique, nécessairement, une *option entre les rattachements*. Et cette option ne peut se faire, dans un cas comme dans l'autre, que dans le sens de la loi qui permet de réaliser concrètement la volonté de l'auteur de la règle.

Aussi, il est possible, désormais, de dire que la règle à rattachements alternatifs exprime toujours la volonté de son auteur. Et peu importe que cette volonté soit seulement implicite ou qu'elle soit expresse : dans les deux cas, il s'agit d'opter entre les rattachements pour appliquer la loi qui permet la réalisation du but voulu par l'auteur de la règle.

Mais, la réalisation du but dépend aussi de la question de savoir qui est l'auteur de la règle.

## II — DÉTERMINATION DE L'AUTEUR DE LA RÈGLE

15. — La question relative à la détermination de l'auteur de la règle revêt une importance particulière dans le droit des conflits<sup>31</sup>. Dans l'étude de la question qui nous concerne, elle recoupe celle plus générale de l'application d'office de la règle du conflit, avec son corollaire, la théorie des règles de conflit facultatives<sup>32</sup>.

La question n'a, toutefois, pas la même portée pratique lorsque la règle de conflit est de source jurisprudentielle et lorsqu'elle est de source législative. La distinction entre l'organe créateur de la norme et l'organe chargé de son application peut être à la base d'une distorsion entre la volonté exprimée par l'auteur de la règle et l'interprétation qu'en fait l'organe chargé de son application<sup>33</sup>. A l'inverse, l'identité de l'organe créateur de la norme et celui chargé de son application permet à celui-ci d'adapter la norme à l'évolution des idées, sans encourir le reproche de distorsion<sup>34</sup>.

Or, les règles à rattachements alternatifs ne sont pas toutes d'origine législative. Beaucoup de ces règles sont d'origine jurisprudentielle. C'est la raison pour laquelle il convient d'analyser, tout d'abord, les règles créées par le législateur (a), pour analyser, ensuite, les règles créées par la jurisprudence (b).

a) Règles créées par le législateur

16. — Lorsque la règle, a été créée par le législateur, le premier fait dont on doit relever l'importance est la distanciation entre l'organe de production de la norme et l'organe chargé de son application. La distinction entre l'auteur et le destinataire de la norme<sup>35</sup>.

L'on peut citer, à titre d'exemple, l'application faite par la jurisprudence dans une décision récente, des règles à rattachements alternatifs édictées par le législateur français dans la loi de 1972 relative au conflit de lois en matière de filiation<sup>36</sup>.

En l'espèce, une femme de nationalité belge avait épousé, en premières noces, un Néerlandais. Après avoir divorcé de ce dernier, elle s'est remariée avec un Français, et a acquis la nationalité de ce dernier. Un enfant adultérin est né cinq mois et demi après l'ordonnance de non-conciliation. Les deux époux, désormais, de même nationalité, ont voulu légitimer l'enfant. Pour refuser ce droit aux deux époux le tribunal a, tout d'abord, suivant en cela le précepte de l'article 311-14 du Code civil français apprécié la contestation de la paternité du premier mari par rapport à la loi belge de la mère qui interdisait cette contestation. Par conséquent, il n'était plus possible d'apprécier la validité de la reconnaissance faite par le véritable père, conformément à la loi française et suivant le précepte de l'article 311-17 du Code civil.

Le professeur Jacques Foyer, commentant cette décision a pu dire que : « *L'idée de faveur pour l'enfant est ici curieusement entendue puisque le tribunal semble dire qu'il importe peu que l'enfant ne soit pas rattaché juridiquement à son véritable père qui le réclame pourvu qu'il ait une filiation établie à l'égard d'un autre qui s'en désintéresse* »<sup>37</sup>.

Le professeur Yves Lequette, remarque que « regrettable en pratique, cette solution n'en paraît pas moins imposée par les textes : ne faut-il pas faire tomber la filiation légitime de l'enfant, selon la loi qui la régit avant de faire jouer la légitimation ? »<sup>38</sup>.

La distorsion est donc nette entre la volonté exprimée par le législateur dans l'article 311-16 du Code civil qui dispose que « le mariage emporte légitimation lorsque, au jour où l'union a été célébrée, cette conséquence est admise soit par la loi régissant les effets du mariage, soit par la loi personnelle de l'un des époux, soit par la loi personnelle de l'enfant », et l'interprétation de cette volonté par l'organe chargé de l'application de la norme.

Et cette distorsion est d'autant plus remarquable que le jugement énonce, en se référant à l'article 311-17 relatif à la reconnaissance de l'enfant naturel, que « ... ce texte en effet ne définit pas une règle de conflit de lois, mais se limite à poser les conditions de validité de la reconnaissance... », alors que ce texte s'intègre dans un ensemble ayant pour titre : « Du conflit des lois relatives à l'établissement de la filiation ».

Cette même distorsion entre la volonté de l'auteur de la règle et celle de l'organe chargé de son application peut être trouvée, également, en matière de renvoi.

S'agissant des règles françaises relatives au conflit de lois en matière de filiation, les promoteurs de la réforme disent avoir voulu exclure le renvoi en

édicte des règles à rattachements alternatifs<sup>39</sup>. Or, certains organes chargés de l'application de ces règles ont admis le renvoi<sup>40</sup> même si les juges d'appel restent réservés.

Ces distorsions apparaissent moins clairement en cas d'identité de l'organe créateur de la norme et celui chargé de son application.

#### *b) Règles créées par la jurisprudence*

17. — Les règles alternatives peuvent être créées par la jurisprudence soit parce que la tradition juridique du pays veut qu'il en soit ainsi, soit parce que le juge est appelé à combler les lacunes d'un système de conflit de lois imparfaitement conçu.

Deux exemples peuvent être cités à ce propos : d'une part le cas des Etats-Unis d'Amérique, d'autre part le cas français.

Le droit international privé des systèmes de « *common law* » montre bien comment le « *precedent* » n'est, généralement, qu'une affaire d'espèce<sup>41</sup>.

Et de ce fait, Cavers n'a fait qu'interpréter la pratique judiciaire de son pays en proposant ses fameux « principes de préférence ». C'est ce qu'exprime le professeur Audit, en ces termes : « Un droit de *common law* est donc une pratique avant d'être une construction de l'esprit. Le but premier du juriste n'y est pas d'édifier un système, mais de concilier au moyen de la raison des prétentions et des intérêts antagonistes. Le droit n'est pas conçu comme un ensemble systématiquement organisé et dans lequel chaque question doit trouver par déduction sa réponse. Même si les conditions sociales entraînent aujourd'hui une prolifération législative comparable à celle des pays civilistes. Un droit de *common law* demeure fondamentalement un droit de praticiens, non écrit et casuistique... »<sup>42</sup>.

Ainsi, même dans le régime issu du second *restatement* il ne s'agit pas de choisir entre des règles de rattachement, mais entre des règles de fond. L'on peut illustrer cette tendance par l'observation du paragraphe 6 du *restatement*, qui dispose :

« Les tribunaux, sous réserve des dispositions constitutionnelles, se conformeront aux dispositions législatives prises par leur Etat en matière de conflit de lois.

« A défaut de telles dispositions, les facteurs à prendre en considération pour le choix de la règle applicable sont notamment :

« a) Les besoins des systèmes interétatique et international.

« b) La politique législative pertinente du for.

« c) La politique législative pertinente d'autres Etats intéressés, et l'intérêt relatif de ces Etats à régir la question particulière.

« d) La protection des attentes raisonnables.

« e) Les considérations fondamentales prévalant dans la branche du droit considérée.

« f) La certitude, la prévisibilité et l'uniformité des solutions et,

« g) La simplicité dans la détermination et l'application de la loi compétente. »



Toutes ces directives ne semblent pas pouvoir empêcher la concrétisation d'une « *justice de cadi* » selon l'expression d'Evrigenis. Et, surtout, la référence à la « politique législative pertinente du for », incitera, nécessairement, au *forum shopping*. C'est ainsi que, compte tenu des pouvoirs accordés au juge, l'on ne pourra pas faire reproche à ce dernier d'avoir recherché la *better law*, après avoir comparé les lois intéressées au litige, voire d'estimer que parmi toutes les lois en concours, la sienne, la loi du for, était la meilleure.

A vrai dire, dans un système tel que celui qu'on vient de décrire, il n'y a pas de règle de conflit, au sens où on l'entend en Europe. La règle de droit, en Europe, se caractérise par deux traits essentiels : la généralité et l'abstraction. La règle américaine est une règle spéciale, créée *ad hoc* pour régler un cas concret. L'identité de l'organe créateur de la norme, et celui chargé de son application est la garantie la plus sûre de la cohérence du système.

Le système français de conflits de lois, montre également que l'identité de l'organe créateur de la norme et celui chargé de son application, est un élément de cohérence<sup>43</sup>.

L'on peut citer plusieurs exemples de création par la jurisprudence, d'une règle alternative. Ainsi, dans un arrêt *Verdier*, du 5 décembre 1949, la Cour de cassation a permis à l'enfant de choisir la loi qui lui était la plus favorable, dans une hypothèse de conflit mobile<sup>44</sup>. Un autre exemple est celui de l'arrêt *Witschy* de la cour d'appel de Paris rendu en matière d'établissement de filiation naturelle<sup>45</sup>.

L'application de la loi la plus favorable à l'établissement de la filiation en cas de conflit mobile a été l'une des créations les plus remarquables de la jurisprudence française antérieure à la loi du 3 janvier 1972<sup>46</sup>.

A vrai dire, c'est essentiellement une question d'opportunité qui commande la création du droit par le juge. Et c'est en tenant compte de l'évolution des idées dans la société que le juge oriente sa jurisprudence dans le sens de la faveur ou de la rigueur<sup>47</sup>. Et de ce fait, il n'y a jamais distorsion entre la volonté de l'auteur de la règle et l'interprétation de cette volonté par l'organe chargé de son application, en vertu de l'identité et de l'unicité des organes.

Ainsi, donc, si l'application optionnelle de la règle à rattachements alternatifs dépend de la volonté de son auteur, la réalisation de cette volonté ne se fait pas toujours avec la même facilité selon qu'il y a ou non distinction entre l'organe créateur de la norme et l'organe chargé de son application. La distinction entre les deux organes peut être source d'une distorsion, qu'on ne retrouve pas en cas d'identité.

Dès lors, la question se pose de savoir si l'on peut faire une application alternative de la norme contre la volonté de son auteur.

C'est cette dernière question qui doit être examinée dès à présent.

## §2. — L'application optionnelle de la règle peut-elle avoir lieu contre la volonté de son auteur ?

18. — La question de savoir si l'on peut ou non faire une application optionnelle d'une règle contre la volonté de son auteur, suppose la résolution préalable

ble de deux problèmes : tout d'abord, celui de la distinction entre l'organe chargé de la production de la norme et celui chargé de son application. Mais il faut également, résoudre le problème de savoir dans quel contexte l'organe chargé de l'application de la norme va faire une application alternative contre la volonté de son auteur. Cela exclut, nécessairement, l'hypothèse où l'interprète se trouve *sine lege*, c'est-à-dire en face d'une *lacune* qu'il est contraint de combler. Il n'y aurait pas dans ce cas, application contre la volonté de l'auteur de la règle, mais « création du droit par le juge »<sup>48</sup>.

La seule hypothèse où la question se pose véritablement est celle où, le législateur a réglementé la question. Le juge peut-il faire une application *contra legem* de ce texte ?

La question ainsi posée n'est pas purement théorique. Elle a une base pratique évidente, illustrée, notamment, par le jugement précité, rendu le 30 avril 1985, par le Tribunal de grande instance de Paris.

Pourquoi la question se pose-t-elle ?

Parce que l'article 311-114 du Code civil français dispose : « La filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant ; si la mère n'est pas connue par la loi personnelle de l'enfant ». Le législateur a donc immobilisé dans le temps le rattachement, alors que les articles 311-16, 311-17 et 311-18, prévoient des rattachements alternatifs, concrétisant l'idée de faveur.

Il en résulte qu'en cas de conflit mobile, il n'y a pas de possibilité d'application alternative de l'article 311-14.

Telle ne semble pas être l'opinion d'une partie de la doctrine. Ainsi, par exemple, les professeurs Simon-Depitre et Jacques Foyer<sup>49</sup>, de même que M. J.-P. Laborde<sup>50</sup> se prononcent en faveur d'une application alternative des lois découlant des concrétisations successives de l'élément de rattachement en cas de conflit mobile.

Selon M. Laborde, par exemple, l'esprit du système alternatif applicable au conflit de lois dans l'espace doit s'étendre au conflit mobile. Cet auteur pose, en effet, la question en ces termes : « *Il faut... se demander s'il est possible d'appliquer une solution alternative, non pas véritablement dans le silence de la loi... mais plutôt au-delà des dispositions explicites de la loi* »<sup>51</sup>. Et il conclut : « *Ici, c'est la réponse affirmative qui nous paraît s'imposer, en raison du caractère politique du rattachement alternatif. La règle alternative doit en effet s'interpréter à la lumière des exigences de la politique qu'elle sert* »<sup>52</sup>.

Mais, la doctrine dominante ne partage pas ce point de vue. Selon elle la loi personnelle de la mère que le juge doit prendre en considération est celle qu'elle avait « au jour de la naissance de l'enfant ». Dès lors, aucune application alternative de l'article 311-14 du Code civil n'est possible<sup>53</sup>.

L'impossibilité de concrétisation de l'idée de faveur résulte, par conséquent, de la volonté du législateur lui-même, et lui seul peut modifier la solution. C'est ce que semble dire, également, le Tribunal de grande instance de Paris, dans son jugement du 30 avril 1985<sup>54</sup>.

La solution est, certes, regrettable, mais elle est imposée par la logique des textes. Forçant peut-être un peu le sens de ceux-ci, les juges ont pu dire que l'article 311-14, du Code civil, « contient une désignation directe et impé-

relative de la loi applicable... »<sup>55</sup>. Interprétée de cette manière, la règle impose l'exclusion du renvoi, ce qui est un obstacle supplémentaire à la concrétisation de l'idée de faveur.

C'est dire que l'application optionnelle de la règle ne peut avoir lieu, que par la volonté de son auteur, et surtout qu'elle ne peut pas avoir lieu contre la volonté de son auteur.

L'on voit donc, que la volonté de l'auteur de la règle est un élément structurel de la règle à rattachements alternatifs. Sans elle le système alternatif ne peut pas exister, et contre elle le système alternatif ne peut pas fonctionner.

Il convient maintenant de déterminer le titulaire de l'option.

## Section II

### Détermination du titulaire de l'option

19. — Toutes les règles à rattachements alternatifs supposent l'existence d'une option entre les rattachements. Et dans un système de *justice accusatoire* l'option appartient, en principe, aux parties. Or, d'une part, il n'est pas toujours déterminé à l'avance qui est le titulaire de l'option. Ainsi, par exemple, le professeur Jacques Foyer remarque que : « *Selon une des interprétations possibles des articles 311-16, alinéa 1, et 311-17, c'est le juge qui choisit la loi qui valide la légitimation ou la reconnaissance...* »<sup>56</sup>. Il ne s'agit là, donc, que « d'une des interprétations possibles ». Et, d'autre part, l'on peut se demander si l'on peut valablement fonder un critère sur la titularité de l'option des parties, dès lors qu'on admet que le juge peut corriger ou suppléer cette partie.

Ainsi, par exemple, M. A. Bucher remarque que : « Parmi les règles de conflit fondées sur des rattachements alternatifs, *il convient de les distinguer selon qu'elles définissent elles-mêmes le critère de choix par un certain effet juridique ou qu'elles permettent aux parties ou l'une d'elles ou, subsidiairement au juge, de choisir la loi applicable...* »<sup>57</sup>. Si le juge intervient, même à titre subsidiaire, pour suppléer le choix des parties peut-on encore dire que seules les parties sont titulaires du choix ?

Il convient, par conséquent, de distinguer deux hypothèses : celle où l'option appartient aux parties intéressées (§1) et celle où l'option appartient au juge saisi de la cause (§2).

#### §1. — L'option appartient aux parties intéressées

Lorsque l'option appartient aux parties intéressées, il faut tout d'abord déterminer la partie intéressée (A) pour rechercher, ensuite, comment s'exerce l'option (B).

##### *A — Détermination de la partie intéressée*

20. — Le problème relatif à la titularité de l'option est présenté par Lewald en ces termes : « ... La règle de conflit concède quelquefois un droit d'option

à la personne intéressée, c'est-à-dire que celle-ci est autorisée à invoquer une certaine loi au lieu d'une autre, et à rendre efficace, de par sa volonté, le rattachement alternatif... »<sup>58</sup>.

Ainsi, par exemple, l'article 311-18 du Code civil français dispose : « L'action à fins de subsides est régie, *au choix de l'enfant*, soit par la loi de la résidence habituelle, soit par la loi de la résidence habituelle du débiteur ». Ce texte, qui contient une règle à rattachements alternatifs « *à forme de choix* » suivant l'expression de M. J.-P. Laborde<sup>59</sup>, ne prévoit qu'*un seul titulaire de l'option*. Ce n'est que l'enfant.

Ce n'est, toutefois, pas la même solution qu'on retrouve lorsqu'on se réfère, par exemple, à la règle posée par la Cour de cassation française dans un arrêt rendu le 10 décembre 1974, en matière de forme des actes<sup>60</sup>. Rappelons-nous en l'espèce, deux contractants de nationalité française et domiciliés en France avaient passé un contrat de vente d'un fonds de commerce situé au Luxembourg. Ils n'avaient pas respecté les prescriptions de la loi française du 29 juin 1935, rendant certaines mentions obligatoires dans le but de protéger le consentement de l'acheteur. Pour annuler le contrat, la Cour de cassation relève que les prescriptions de la loi du 29 juin 1935 constituent des règles de forme « *applicables à tout contrat passé en France lorsque n'est pas établie la volonté des parties de soumettre la forme de leur contrat à la loi qui régit au fond celui-ci ou à leur loi nationale* ».

Entre autres apports de cet arrêt<sup>61</sup>, il convient de retenir essentiellement cet aspect : le choix de la loi applicable, ou *l'option appartient aux deux parties*. Or, comme le remarque, à juste titre, M. A. Bucher, « le but de favoriser un certain résultat matériel est un peu moins accentué dans les cas où le choix de la loi applicable appartient aux deux parties et non seulement à l'une d'elles... »<sup>62</sup>.

Aussi, il convient de distinguer lors de la présentation du critère fondé sur la titularité de l'option, l'hypothèse dans laquelle l'option appartient aux deux parties (a), de celle dans laquelle l'option n'appartient qu'à une seule partie (b).

#### a) *L'option appartient aux deux parties*

21. — Pour comprendre comment et pourquoi le problème se pose, il convient de se rappeler que les règles à rattachements alternatifs tiennent compte des intérêts matériels en présence dans la recherche de la solution des conflits de lois. Or, ces intérêts ne sont pas toujours convergents. Les parties à un rapport de droit<sup>63</sup> doivent s'entendre pour opter en faveur de la législation qui, suivant leur commune volonté, sauvegarde le mieux leurs intérêts respectifs.

L'étendue de l'option n'est, toutefois, pas la même lorsque celle-ci est offerte aux parties *in favore validitatis* et lorsqu'elle a pour but de protéger une partie au rapport de droit. La solution donnée par la Cour de cassation française au conflit de lois en matière forme des contrats dans l'arrêt *Chaplin*<sup>64</sup> et dans l'arrêt *Pierucci*<sup>65</sup> illustre bien cette différence d'approche du problème. La divergence des solutions peut s'expliquer non par une « *évolution de la juris-*

prudence », mais, plus simplement, par une précision apportée quant au rattachement de la forme des actes.

Quelle est cette précision ?

Elle peut être résumée de la manière suivante : *en principe* « La règle *locus regit actum* ne s'oppose pas à ce que les contrats internationaux soient passés en France en une forme prévue par la loi étrangère qui les régit au fond »<sup>66</sup>. Mais encore faut-il que les parties aient, *réellement*, rattaché la forme à la loi qui régit le contrat au fond. A défaut, la *lex loci actus* s'applique, surtout si elle contient des dispositions protectrices d'une personne. Et c'est ce caractère protecteur du formalisme qui explique la divergence des solutions car, si dans l'affaire *Pierucci* les parties avaient exprimé leur volonté de rattacher la forme du contrat à une loi déterminée parmi celles autorisées, les juges ne pourraient que respecter cette volonté. C'est ce que relève l'arrêt en énonçant que les prescriptions de la loi du 29 juin 1935 constituent des règles de forme « applicables à tout contrat passé en France lorsque n'est pas établie la volonté des parties de soumettre la forme de leur contrat à la loi qui régit au fond celle-ci ou à leur loi nationale.

Voilà qui est clair. Lorsque comme dans l'affaire *Chaplin*, les parties ont rattaché, la forme du contrat à la loi qui régit le fond, celle-ci peut s'appliquer. Mais lorsque, comme dans l'affaire *Pierucci* les parties ne se sont pas exprimées quant à la loi applicable à la forme, c'est la *lex loci actus* qui s'applique. L'alternative n'est exclue dans l'un et l'autre cas qu'en raison du caractère protecteur de la formalité requise.

Pour illustrer notre dernier propos, il convient de se référer à l'attendu de l'arrêt *Chaplin* dans lequel la Cour de cassation relève que « c'est... à bon droit que l'arrêt attaqué décide que les décrets de 1791 et 1793, *applicables au litige*, n'avaient point fait échec au principe du consensualisme... »<sup>67</sup> et que « ... la mention y figurant d'un consentement écrit de l'auteur... n'avait trait qu'à une simple condition de preuve ».

22. — C'est dire que si les formalités exigées par les décrets de 1791 et 1793 avaient fait échec au principe du consensualisme, le contrat aurait pu être annulé en raison du non respect des formes protectrices de la loi française. Comme le relève le professeur Rigaux : « ... La règle de conflit alternative en matière de forme est subordonnée à la loi d'autonomie : il appartient aux seules parties d'écarter les règles de forme du lieu de conclusion en préférant soit la loi qui régit le fond de l'acte, soit leur loi nationale »<sup>68</sup>.

Mais cette autonomie est, elle-même, limitée par les dispositions protectrices de l'une des parties. Tel a été le cas, semble-t-il, dans l'arrêt *Pierucci*, et tel est, également le cas dans la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, en ce qui concerne les contrats conclus par les consommateurs (article 9V) et les contrats conclus en matière d'immeubles (article 9VI).

Ces restrictions à la loi d'autonomie en matière de forme des actes se retrouvent, parfois, relativement à la loi applicable au fond. Ainsi, par exemple la loi d'autonomie subit des restrictions en ce qui concerne la détermination de la loi applicable aux contrats conclus par les consommateurs (article 5) et au

contrat de travail (article 6) dans le système issu de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

Assez curieuse semble être la disposition de l'article 132 du projet suisse qui prévoit qu'en matière de responsabilité délictuelle, l'auteur du dommage et le lésé peuvent, après la survenance du fait dommageable, convenir de l'application de la loi de leur résidence habituelle commune ou de la loi du for.

Après avoir illustré les cas dans lesquels l'option appartient aux deux parties, il convient maintenant d'étudier le cas où l'option appartient à une seule des parties.

#### *b) L'option appartient à une seule des parties*

23. — Dire que l'option peut n'appartenir qu'à une seule des parties, c'est surtout se rappeler que les règles à rattachements alternatifs sont des instruments de protection.

Ainsi, l'article 311-16, alinéa 2, du Code civil français dispose : « La légitimation par autorité de justice est régie, au choix du requérant, soit par la loi personnelle de celle-ci, soit par la loi personnelle de l'enfant ».

Selon le professeur Jacques Foyer, en suivant « ... l'interprétation logique des articles 311-17, alinéa 2, et 318, c'est à celui qui demande la légitimation par autorité de justice ou des subsides d'opérer le choix. Sur ce point, on s'en tient à la lettre de l'article 311-18 sans discuter de sa conformité — par ailleurs fort douteuse — avec la Convention de la Haye du 2 octobre 1973 qui donne compétence à la loi du créancier d'aliments sans choix possible, mais avec un rattachement en cascade... »<sup>69</sup>.

La loi suisse contient, également, en matière de responsabilité délictuelle, un certain nombre de règles laissant le choix de la loi applicable au soin du lésé. Tel est le cas de l'article 135 qui régit la responsabilité du fait des produits, de l'article 138 qui régit la responsabilité du fait d'« immissions » et de l'article 139 qui régit la responsabilité en cas d'atteinte à la personnalité.

De même l'article 90, alinéa 2, du projet suisse prévoyait qu'un étranger domicilié en Suisse peut soumettre sa succession à la loi de l'Etat dont il est ressortissant, au lieu et place de la loi suisse, normalement compétente.

En somme, la titularité de l'option peut poser deux sortes de problèmes. D'une part, que l'option appartienne aux deux parties ou à l'une seule d'entre elles il faut toujours que l'auteur de la règle détermine expressément le ou les titulaires de l'option. En cas de silence de l'auteur de la règle, l'incertitude s'en suivra. D'autre part, la question se pose, toujours, de savoir si le juge peut suppléer la carence ou la maladresse des parties.

Mais aborder cette dernière question, c'est aborder déjà le problème relatif à l'exercice de l'option.

#### **B — L'exercice de l'option par les parties**

24. — Quel que soit le titulaire de l'option, la question se pose de savoir si l'exercice de cette dernière est pour lui une simple *faculté* ou au contraire une

*obligation*. La difficulté de la question est liée au fait que l'auteur de la règle laisse expressément, le choix de la loi aux parties. Peuvent-elles, dès lors, se refuser de choisir ? Peuvent-elles hésiter en invoquant une loi à titre principal et les autres à titre subsidiaire ?

Certains auteurs ont soutenu que le choix est obligatoire<sup>70</sup> car, l'auteur de la règle n'étant pas obligé de désigner le titulaire de l'option, en le faisant il a certainement voulu montrer que le juge ne pouvait pas statuer en l'absence d'une volonté expressément déclarée<sup>71</sup>.

D'autres auteurs ont toutefois, fait remarquer que, même si le choix était obligatoire, on pouvait laisser au juge de la mise en état le pouvoir « d'éclairer les parties »<sup>72</sup>. Cette opinion ne semble pas pouvoir être approuvée sur le plan des principes : d'une part, parce que le juge n'est pas un « donneur de conseil »<sup>73</sup>, et d'autre part parce que cela signifierait que le titulaire de l'option aurait changé ; ce ne serait plus les parties mais le juge.

Mais la suggestion est empreinte de générosité et de ce fait il conviendrait de rechercher si elle peut trouver une autre base juridique. On peut, par exemple, relever que dans un système fondé sur l'allégation par les parties, du droit applicable, le juge ne peut, certes, pas dépasser le cadre de son « office ». Mais, il peut soulever les moyens de pur droit (article 16 du nouveau Code de Procédure civile). La question est alors de savoir si la recherche d'un certain résultat par une partie au litige est une question de pur droit. La réponse semble devoir être affirmative car, le résultat recherché par les parties s'inscrit dans les buts visés par l'auteur même de la norme, lorsqu'il a édicté la règle de conflit.

Ainsi, une fois admise l'idée du caractère obligatoire du choix laissé aux parties deux autres questions apparaissent : tout d'abord, le choix effectué par les parties peut-il être rétracté ou est-il définitif ? Ensuite, que se passe-t-il lorsque les parties ont choisi une loi qui ne conduit pas à la concrétisation du résultat recherché ?

La réponse à ces deux questions est liée à la détermination du moment de l'option, d'une part (a), et à la détermination du contenu de l'option, d'autre part (b).

#### *a) Le moment de l'option*

25. — Lorsque l'on se trouve en face de dispositions telles que celles des articles 311-16, alinéa 2, et 311-18 du Code civil français, ou encore celles des articles 24 et 25 de l'EGBGB anciens, ou encore celles de l'article 25 des dispositions préliminaires du Code civil italien, la question se pose de savoir à quel moment la partie à qui l'option a été offerte doit opérer le choix du rattachement opératoire.

L'intérêt de la question réside dans le fait que le choix de la loi se fait en fonction de sa teneur. Comment les parties peuvent-elles déterminer *a priori* la loi qui leur est la plus favorable ?<sup>74</sup>. Ne serait-il pas préférable d'accorder aux parties, la possibilité d'invoquer plus d'une des lois impliquées par les rattachements, ne serait-ce qu'à titre subsidiaire ?<sup>75</sup>.



La doctrine dominante se prononce en faveur d'une option *a priori* irrévocable<sup>76</sup>. La solution renferme une rigueur trop grande pour les parties en cas d'option exercée en faveur d'une loi qui s'avèrerait peu favorable à la réalisation du but recherché. L'on sait, d'ailleurs, qu'en matière contractuelle, la *Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles* prévoit, en son article 3, §2, que : « *Les parties peuvent convenir à tout moment de faire régir le contrat par une autre loi que celle qui le régissait auparavant...* ».

Cette solution qui correspond au droit positif de pays tels que la R.F.A. et les Pays-Bas, ne peut-elle pas être étendue aux rattachements alternatifs ? La réponse semble devoir être affirmative, si l'on retient, avec M. A. Bucher que : « *... L'autonomie de la volonté... constitue en quelque sorte l'hypothèse extrême d'un rattachement alternatif en droit international privé* »<sup>77</sup>.

Certes, le texte de la Convention précitée prévoit que la modification de la loi applicable ne peut porter atteinte aux droits des tiers et qu'elle ne saurait remettre en cause la validité du contrat en la forme. Mais ces réserves ne semblent pas constituer un obstacle majeur à l'extension de la solution donnée aux obligations contractuelles, aux matières régies par des rattachements alternatifs, dès lors qu'une option est offerte aux parties.

Il appartiendrait, alors, au juge de sauvegarder les droits des tiers qui auraient acquis un droit, sous l'empire de l'option antérieure<sup>78</sup>.

Cette solution est justifiée par le fait que le choix du rattachement opératoire doit s'effectuer toujours, dans le sens de la loi la plus favorable. C'est ainsi que la problématique relative à la détermination du moment de l'option est indissociable de celle relative à la détermination du contenu de l'option.

#### *b) Le contenu de l'option*

26. — Si l'option est obligatoire mais réversible, que se passe-t-il si les parties n'exercent pas l'option ? Par ailleurs, le juge peut-il corriger l'option erronée des parties ?

La première question est difficile dans la mesure où, généralement, l'auteur de la règle à rattachements alternatifs, lorsqu'il accorde une option aux parties ne prévoit pas des solutions subsidiaires. Que faut-il décider lorsque les parties n'ont pas choisi le rattachement opératoire, dans des cas tels que ceux prévus aux articles 311-16, alinéa 2, et 311-18 du Code civil ?

Ici, la solution donnée par la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles à la détermination de la loi applicable à défaut de choix par les parties, ne peut plus être étendue par analogie. En effet, la convention utilise une doctrine d'ensemble qui s'écarte de celle qui sert de sous-bassement aux rattachements alternatifs : alors que la localisation et la recherche des « liens les plus étroits » dominent dans le premier cas (article 4), l'idée de faveur et de protection, la recherche d'un résultat dominant dans le second.

Tout le danger de l'option offerte aux parties par les rattachements alternatifs se trouve, donc, résumé ici. Seule l'idée selon laquelle le juge ne peut

se refuser de trancher le litige sous prétexte de lacune, conduit à admettre l'idée que le juge peut suppléer la carence des parties, comme il le ferait au cas où le choix des parties serait erroné<sup>79</sup>.

Que décider, en effet, lorsque l'option des parties conduit à un résultat contraire au but recherché par l'auteur de la règle ? Le juge peut-il modifier le choix des parties ? Répondre à la question ainsi posée, c'est déterminer *les conséquences de l'option*. Ainsi, si l'on part de *l'esprit du système alternatif* on est amené à admettre la possibilité de modification du choix par le juge afin de permettre aux parties d'atteindre le résultat recherché. Mais, alors, l'option aura cessé d'appartenir aux parties pour appartenir au juge !

Peut-être serait-il plus cohérent de permettre aux parties d'invoquer les lois en concours, après avoir choisi une à titre principal et les autres à titre subsidiaire<sup>80</sup>. Dans cette hypothèse l'option continuerait à appartenir aux parties et le juge ne ferait qu'entériner la volonté ainsi exprimée, en adaptant le choix au résultat.

27. — La difficulté dans l'exercice de l'option est la conséquence du caractère obligatoire de l'option. Que se passe-t-il si les parties n'ont pas exercé cette option ? Peut-on exiger des parties une connaissance telle de la teneur des lois en concours, que leur l'option corresponde toujours à leur intérêt ?

Comme l'a remarqué le professeur Von Overbeck, « ... le juge peut comparer les solutions des diverses lois pour choisir la plus favorable. En revanche, le plaideur qui doit décider pour la loi sur laquelle il veut fonder son action peut se trouver dans un dilemme redoutable... »<sup>81</sup>. C'est que les problèmes de droit international privé sont, généralement très complexes et les spécialistes ne manquent pas de mettre en relief cette complexité. Peut-on, dès lors, demander à des non-spécialistes, voire à des non-juristes la solution satisfaisante des conflits de lois qui se présentent à eux ? « ... Que l'on pense, par exemple, à un tuteur qui devrait choisir la loi la plus favorable sur laquelle fonder une action en paternité pour un enfant illégitime qui lui est confié. Doit-il se fonder sur la loi qui prévoit les prestations les plus élevées, ou sur celle qui permet le plus sûrement de gagner le procès, par exemple parce qu'elle ne connaît pas *l'exceptio plurium* ? »<sup>82</sup>.

On retrouve en tous cas, la question centrale de savoir si l'intérêt d'une partie se confond avec la faveur qu'on lui accorde. La concrétisation de l'idée de faveur se fait très difficilement lorsque le choix du rattachement opératoire est laissé au soin des parties. Mais qu'en est-il lorsque ce choix appartient au juge.

## §2. — L'option appartient au juge saisi de la cause

28. — Le choix du rattachement opératoire n'appartient pas toujours aux parties intéressées. On peut même dire qu'il appartient le plus souvent au juge saisi de la cause<sup>83</sup> et cela, indépendamment de la plus ou moins grande étendue des pouvoirs accordés au juge dans une procédure de type accusatoire ou de type inquisitoire.

Lorsque le juge est appelé à statuer sur une matière régie par des rattachements alternatifs son pouvoir de choisir le rattachement opératoire se trouve accru. Ce pouvoir-devoir du juge est la conséquence même de l'esprit qui préside à la technique des rattachements alternatifs<sup>84</sup>.

L'esprit qui préside à la technique commande en effet d'appliquer à la cause la loi la plus favorable. Ainsi, appelé à vérifier si une situation que les parties veulent faire reconnaître remplit les conditions nécessaires ou à constater l'effet d'un acte juridique, le juge ne se fondera pas sur le choix des parties pour formuler sa décision. Il prendra en considération les faits de la cause, dont la loi invoquée fait partie, et décidera en choisissant le rattachement qui s'adapte le mieux. Les parties invoquent le droit et le juge choisit la loi<sup>85</sup>.

Ce pouvoir-devoir du juge peut, cependant, être à la base d'un certain nombre de difficultés. Si la technique des rattachements alternatifs vise l'application de la loi la plus favorable, eu égard à l'intérêt des parties, peut-on conclure que le choix du juge correspond toujours à l'intérêt des parties ?

La question ainsi posée mérite qu'on s'y attarde un peu plus longuement. La pratique montre que parfois l'intérêt des parties et le choix du juge sont convergents. Mais il se peut, également, que l'intérêt des parties et le choix du juge présentent des divergences. C'est la raison pour laquelle on étudiera ces hypothèses un peu plus longuement.

#### *A — L'intérêt des parties et le choix du juge sont convergents*

29. — L'intérêt des parties et le choix du juge sont convergents, lorsque les parties obtiennent le résultat qu'elles escomptaient, malgré le fait que le juge ait statué sur la base d'un fondement autre que celui invoqué ou soutenu par les parties. L'exemple peut être tiré de l'application de la règle de conflits alternative qui régit la forme des actes juridiques. Une partie à un litige relatif à la validité d'un acte juridique peut avoir intérêt à voir appliquée à l'acte en cause la *lex loci* qu'elle avait prise en considération. Mais le juge peut avoir fondé sa décision sur la loi applicable au fond qui, en l'espèce, était aussi la *lex fori*.

Dans cette hypothèse, dès lors que la partie obtient le résultat recherché il ne devrait pas y avoir de difficultés. L'identité du résultat auquel conduit l'application des lois en concours peut cacher, toutefois, un conflit d'intérêts. Ce n'est pas une option réelle. C'est une fausse option.

Déjà Cansacchi avait fait remarquer que lorsque les règles matérielles en concours entraînent les mêmes effets en les faisant découler des mêmes conditions, l'identité des règles en concours rendait, pratiquement, indifférente l'application de l'une plutôt que de l'autre des lois en concours<sup>86</sup>.

Cette même idée est exprimée par Decleva qui fait remarquer que si les trois rattachements contenus dans l'article 26 des dispositions préliminaires du Code civil italien désignent trois lois différentes toutes favorables à la validité d'un acte, il n'y aurait plus à choisir entre les rattachements sur la base du *favor negotii*. Il en irait de même selon l'auteur lorsque les trois rattachements désignent la même loi<sup>87</sup>.

C'est là une conséquence du choix de la loi en fonction de la teneur. L'esprit qui l'anime est peut-être défendable mais le résultat atteint est mauvais. Comment, par exemple, la Cour de Cassation pourrait-elle exercer son contrôle si parmi les lois en concours il y avait aussi la loi française, alors que le juge n'a pas précisé sur quelle base il a fondé sa décision, validant un état déterminé ?<sup>88</sup>.

30. — L'hypothèse que l'on est en train d'étudier n'est, au fond, que l'illustration sur le terrain des rattachements alternatifs de ce que Jessurun d'Oliviera a appelé la « règle d'antichoix »<sup>89</sup>. Cette tendance qui se retrouve déjà dans la jurisprudence des Pays-Bas, de la R.F.A., de la Suisse et de la Grèce<sup>90</sup> peut s'élargir pour atteindre tous les pays où la technique des rattachements alternatifs est utilisée pour réglementer les différentes matières.

Cette orientation jurisprudentielle et doctrinale qui se soucie peu de l'intérêt des parties pour ne retenir que le résultat à obtenir est la conséquence logique du but matériel assigné aux règles de conflits à rattachements alternatifs. En voulant favoriser une partie ou un acte juridique on finit par adopter des solutions parfois contestables.

Comme le fait remarquer E. Vitta, ce qui compte dans la technique des rattachements alternatifs c'est l'intérêt abstrait que le législateur veut protéger. Cet intérêt peut ou non coïncider dans chaque cas avec l'intérêt de chacune des parties<sup>91</sup>.

L'hypothèse étudiée jusqu'à présent a été celle de la convergence des intérêts du juge et des parties. Il convient d'étudier maintenant l'hypothèse de la divergence entre le choix du juge et l'intérêt des parties.

### *B — L'intérêt des parties et le choix du juge sont divergents*

31. — La divergence entre l'intérêt des parties et le choix du juge dans la recherche de la concrétisation de l'idée de faveur, peut résulter essentiellement du fait que toute règle de conflit à rattachements alternatifs renferme dans son contenu une règle cumulative<sup>92</sup>.

Alors que la technique des rattachements cumulatifs empêche le juge de reconnaître un état ou un acte juridique déterminés si cette conséquence n'est pas admise par toutes les lois en concours<sup>93</sup> la technique des rattachements alternatifs, de par son esprit admet cette reconnaissance dès lors qu'une seule des lois en concours prévoit cette conséquence<sup>94</sup>.

Le choix du rattachement opératoire est, généralement, laissé au soin du juge chaque fois que le législateur veut favoriser la constatation d'une situation ou la constitution d'un état. C'est le cas, en général, du régime des actes juridiques, ou des situations qui exigent une protection particulière : reconnaissance d'enfant naturel, légitimation, certains types de contrats<sup>95</sup>.

32. — C'est ainsi que l'article 311-17 du Code civil français relatif à la reconnaissance d'enfant naturel peut illustrer notre propos. Ce texte ne prévoit, en effet, le fonctionnement de l'alternative que pour apprécier la validité de la reconnaissance. A supposer que l'enfant veuille contester la reconnaissance de

complaisance pour se faire reconnaître par son père biologique, on lui fera remarquer que son but ne pourra être atteint que si la nullité est admise par les deux lois en concours<sup>96</sup>.

Ce qui était alternatif pour la validité devient cumul pour la nullité. Le contenu apparent de la règle étant remplacé par son contenu latent, l'intérêt de la partie et le choix du juge deviennent divergents. L'intérêt démontré par la partie de voir annulée la reconnaissance se heurte au choix de la loi par le juge en faveur du rattachement qui permet la reconnaissance.

Le même type de problème peut se présenter en ce qui concerne les délais mêmes de l'action en nullité. Si les deux lois en concours admettent la reconnaissance mais fixent des délais différents pour l'exercice de l'action en nullité laquelle des deux lois choisir lorsque la loi la plus favorable à la reconnaissance est celle qui fixe le délai le plus court pour l'action en nullité ? Si l'on choisit la loi qui fixe le délai le plus long pour l'exercice de l'action en nullité — loi plus favorable compte tenu de l'intérêt spécifique de la partie — on se verra opposer la prescription de la loi qui fixe le délai le plus court : loi plus favorable à la reconnaissance<sup>97</sup>.

Ici aussi, ce qui était alternative à la reconnaissance devient cumul pour les délais de nullité. Et une fois de plus la question se posera de savoir si l'intérêt des parties se confond avec la faveur qu'on leur accorde<sup>98</sup>.

33. — Peut-on en face des exemples étudiés prétendre encore que la question est dépourvue de portée pratique ? Loin de montrer une grande subtilité, la question telle qu'elle est posée permet de saisir la réalité des rattachements alternatifs d'une autre manière.

Comment l'idée de faveur se concrétise-t-elle ? Lorsqu'on parle de faveur pour une partie, pense-t-on au demandeur ou au défendeur ? Lorsqu'on parle de faveur pour un acte parle-t-on en pensant à l'action déclaratoire ou à l'action négatoire ?

## Conclusion

34. — Le choix du rattachement opératoire, qu'il soit l'œuvre des parties intéressées ou du juge lui-même, ne permet pas une mise en œuvre facile des règles à rattachements alternatifs.

Et la raison en est, le plus souvent, une inadéquation du droit au fait<sup>99</sup>. C'est que les règles à rattachements alternatifs ne sont pas des *règles de prévoyance* accordant la primauté au *caractère localisateur* de la norme. Les règles à rattachements alternatifs sont des *normes de protection*, faisant prévaloir le *caractère matériel* de la règle sur le caractère localisateur de cette dernière<sup>100</sup>. Et la pluralité de rattachements est l'expédient dont se sert l'auteur de la règle pour atteindre l'objectif de politique législative qu'il s'est fixé.

C'est cette finalité matérielle, poursuivie par l'auteur de la règle à rattachements alternatifs que nous chercherons à illustrer dans le chapitre suivant.

## NOTES

1. Cf. Cass.civ. 10 décembre 1974 *RCDIP*, 1975, p. 474, note A.P. ; *Clunet*, 1975, p. 542, note KAHN.

2. Cf. les observations du professeur RIGAUX, in *La loi applicable à la forme des actes*, *op. cit.*, p. 388 et ss.

3. Sur la manière d'exprimer la faveur. Cf. notamment : J.-P. LABORDE, *La pluralité du point de rattachement...*, p. 216 et ss, spéc. p. 226, n° 328 ; Jacques FOYER, *Problèmes de conflits de lois...*, *op. cit.*, p. 41, n° 65 et ss ; PATOCCHI, *Règles de rattachement...*, p. 251 et ss, n° 511 et ss.

4. Cf. Jacques FOYER, *ibidem*, n° 64, qui dit : « On peut s'interroger sur les raisons qui poussent un législateur ou un juge à privilégier, dans un cas plutôt qu'un autre, l'application d'une loi plutôt qu'une autre, d'autant que le principe d'égalité des filiations qui s'étend peu à peu à tous les droits aurait dû conduire à une méthodologie uniforme. Cette impression d'incohérence est encore renforcée, si l'on considère les différentes formes que revêt cette technique de choix ».

5. Cf. J.-P. LABORDE, *La pluralité du point de rattachement...*, *op. cit.*, p. 216 et ss, spéc. p. 226, n° 328.

6. Cf. sur ce sujet la controverse suscitée en France, par la loi du 3 janvier 1972 et notamment, l'opinion du professeur Jacques FOYER, *Problèmes de conflits de lois...*, *op. cit.*, p. 107, notes 112 et 113, sur les « interprétations possibles » des articles 311-16 à 311-18, quant à la titularité du choix de la loi. Cf. également, PATOCCHI, *Règles de rattachement...*, *op. cit.*, p. 306 et ss, spéc. n° 619 et 625.

7. Cf. les dispositions du nouveau Code civil du Pérou publiées à la *Revue critique*, 1986, p. 192, commentaire Jean Lisbonne.

8. Pour un aperçu d'ensemble, des textes de codification récente dans les législations européennes, Cf. Benítez de LUGO et Zamora CABOT, « Anotaciones a los recientes textos centroeuropeos de derecho internacional privado », *R.E.D.I.*, 1980, p. 97 à 122 et 75 à 99. Cf. surtout : E. VASSILAKAKIS, « Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du droit international privé en Europe », Paris L.G.D.J. 1987, *Préface* de Paul LAGARDE.

9. Cf. en ce sens, VON OVERBECK, « Cours général... », *op. cit.*, p. 86, n° 190.

10. Cf. en ce sens, VON OVERBECK, « Cours général... », *op. cit.*, p. 87, n° 192.

11. Cf. EVRIGENIS, « Tendances doctrinales actuelles... », *op. cit.*, p. 343.

12. Cf. P. ROUBIER, « Le droit transitoire », p. 283 et ss.

13. Cf. I. KISCH, « La loi la plus favorable... », *op.cit.*, p. 387 et ss.

14. Cf. I. FADLALLAH, « La famille légitime en droit international privé », Paris, 1977, p. 295.

15. Cf. Cass civ. I, 5 décembre 1949, *R.C.D.I.P.*, 1950, p. 165, note MOTULSKY, *Clunet*, 1950, p. 180, note GOLDMAN, *J.C.P.*, 1950, II, 5287, note DELAUME.

16. Cf. I. FADLALLAH, « La famille légitime... », *op. cit.*, p. 296.

17. Cf. « Les conflits de lois en matière de filiation », colloque de Strasbourg, Paris, 1973.

18. Cf. la loi néerlandaise du 25 mars 1981 qui permet aux parties d'exercer une option entre leur loi nationale commune et la *lex fori* néerlandaise : in *R.C.D.I.P.*, 1981, p. 809 ; et observations de R. VAN ROOIJ.

19. Cf. les résolutions de l'Institut de droit International et de l'Union internationale du notariat latin, in *Ann. Inst. Dr. Inter.*, 1967, tome I, p. 528 et ss ; tome II, p. 464 et ss, avec le rapport de R. MONACO ; Cf. également, l'article 88, alinéa 2, du projet suisse.

20. Cf. VON OVERBECK, « Cours général... », *op. cit.*, p. 81 et ss.

Cet auteur, après avoir énoncé que : « Le procédé le plus connu pour atteindre un certain résultat, c'est de prévoir alternativement plusieurs lois désignées par des critères objectifs... », (n° 177), ajoute, plus loin, que : « La tendance actuelle va vers une extension de l'autonomie en tout cas à des matières qui présentent à la fois un caractère patrimonial et familial, tels les régimes matrimoniaux et les successions », (p. 88, n° 194). Et, il conclut : « Ces solutions ont les inconvénients que nous avons relatés à propos des cas où le juge doit appliquer la loi la plus favorable... le plaideur qui doit se décider pour la loi sur laquelle il veut fonder son action peut se trouver dans un dilemme redoutable... », (p.90).

S'il faut appliquer la loi la plus favorable, n'est-ce pas que les rattachements sont alternatifs ?

21. Cf. PATOCCHI, « Règles de rattachement... », *op. cit.*, p. 306 et ss, n° 617 et ss.

Cet auteur remarque, en effet, que : « Lorsque la règle de rattachement permet aux parties ou à l'une d'entre elles de choisir la loi applicable, la loi choisie est réputée être la plus favorable aux yeux des intéressés », (n° 617).

Dès lors la remarque faite à la note précédente se justifie ici, également.

22. En effet, le plus souvent l'auteur de la norme ne dit pas à qui appartient d'effectuer le choix de la loi la plus favorable. Et, dès lors, la question peut se poser de savoir à qui appartient le choix. Mais, même dans les cas où le choix appartient aux parties, la question peut se poser de savoir si le juge peut modifier le choix effectué par les intéressés.

Ces questions ont été débattues par la doctrine française : Cf. BATIFFOL et LAGARDE, « L'improvisation... », *op. cit.*, SIMON-DEPITRE et J. FOYER, « Le nouveau droit international privé de la filiation » *op. cit.*, n° 57 et ss.

Et notamment, J. FOYER, « Problèmes de conflits de lois en matière de filiation », *op. cit.*, spéc. notes 112 et 113.

Cet auteur remarque que : « Selon une des interprétations possibles des articles 311-16, alinéa 1, et 311-17, c'est le juge qui choisit la loi qui valide la légitimation ou la reconnaissance... », (note 112), et il ajoute, à propos des articles 311-16, alinéa 2, et 311-18 que : « ... c'est à celui qui demande la légitimation par autorité de justice ou des subsides d'opérer le choix... on s'en tient à la lettre de l'article 311-18 sans discuter de sa conformité — par ailleurs fort douteuse — avec la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 qui donne compétence à la loi du créancier d'aliments sans choix possible, mais avec un rattachement en cascade ».

23. Cf. VON OVERBECK, « Cours général... », *op. cit.*, p. 84, n° 186.

24. Cf. PATOCCHI, « Règles de rattachement... », *op. cit.*, p. 252, n° 514, qui déclare : « Dans une troisième hypothèse, en revanche, la règle de rattachement retient les lois potentiellement applicables dans un ordre établi par des critères de rattachement disposés hiérarchiquement selon leur valeur localisatrice... ».

25. Cf. VON OVERBECK, *loc. cit.*, qui se réfère expressément à l'échelle de KEGEL pour bien marquer la différence entre ce qu'il appelle « rattachement subsidiaire en fonction du résultat », et le « système des rattachements subsidiaires ».

26. *ibidem*, n° 186, *in fine*.

27. Cf. PATOCCHI, *op. cit.*, n° 154.

28. Cf. par exemple, in *Rep. Dr. Int. I*, p. 484, n° 188 qui définit, ainsi, les règles de conflit alternatives : « La règle de conflit est *alternative* lorsqu'elle prescrit de ne prendre en considération un rattachement qu'à défaut, en l'espèce, d'un autre. Elle établit, en somme, dans ce cas, une hiérarchie des rattachements ». (C'est nous qui soulignons la dernière proposition).

29. Sur toutes ces questions, analysées au point de vue logique, Cf. QUINE, W., « *Méthodes de logique* », Paris, Armand COLIN, 1973, p. 20 et 21, notamment.

30. L'appartenance de ce type de règles à la catégorie des règles à rattachements alternatifs sera étudiée de manière un peu plus détaillée infra n° 75 et ss.

31. Cf. sur ce sujet entre autre : HEBRAUD, « De la corrélation entre la loi applicable au fond du litige et la loi du juge chargé d'en connaître », *R.C.D.I.P.*, 1968 ; P. MAYER, « L'office du juge dans le règlement des conflits de lois », in *Trav. Com. Fr. Dr. Int. Priv.*, 1975-1977, p. 233 ; *ibidem*, « Réactions de la doctrine à la création du droit par les juges », in *Travaux de l'Association H. Capitant*, 1980, p. 31.

32. Cf. sur ce sujet, notamment, VON OVERBECK, « Cours général... », *op. cit.*, p. 55, n° 101 et ss. Pour une illustration d'application d'office de la règle de conflit par la jurisprudence française, Cf. *cass. Civ.I*, 25 novembre 1986, *G.P.* 3-4 juillet 1987 p. 12, note Jacques MASSIP ; et pour l'application d'office de la loi étrangère Cf. *CIV.I*, 25 mai 1987 GP 16-18 août 1987, *Panor.p.* 198.

33. Cf. par exemple, en ce qui concerne l'application des règles alternatives du Code civil français, le jugement rendu par le T.G.I. de Paris, 30 avril 1985, *R.C.D.I.P.*, 1986, p. 313, note Y. LEQUETTE.

34. Cf. par exemple, Paul LAGARDE, « Destinées de l'arrêt Rivièr », *Clunet*, 1971, p. 239 et ss.

35. Cf. SUTTON, « Les articles 311-14 et suivants du Code civil à l'épreuve de la jurisprudence du Tribunal de grande instance de Paris », *Trav. Com. Fr. Dr. Int. Privé*, 1984, compte rendu de Gérard PLUYETTE, *R.C.D.I.P.*, 1985, p. 223 et ss.

36. Cf. T.G.I. de Paris, 30 avril 1985, *précité*, *R.C.D.I.P.*, 1986, p. 313, note Y. LEQUETTE.

37. Cf. Jacques FOYER, « Problèmes de conflits de lois en matière de filiation », *op. cit.*, p. 111, note 183, *in fine*.

38. Cf. LEQUETTE, note précitée, p. 317.

39. Cf. notamment, Jacques FOYER, « Requiem pour le renvoi ? », in *Trav. Com. Fr. Dr. Int. Privé*, 1980-1981, p. 105.

40. Cf. SUTTON, « Les articles 311-14 et suivants... », *op. cit.*, compte rendu, *précité*, p. 224, et les décisions citées, *supra*, note 13.

41. Sur la notion et la fonction du « précédent » dans les différents systèmes, Cf. notamment : le compte rendu des 5<sup>e</sup> journées juridiques franco-allemandes au *Bulletin de la Société de Législation comparée*, *Rev. Int. Dr. Com.* 1984, p. 839.

42. Cf. B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit », *op. cit.*, p. 266 et ss ; *adde*, KNOEPFLER, « Le droit international privé : froideur mécanique ou justice casuistique », *op. cit.*

43. Cf. D. MAYER, « L'évolution... », *op. cit.*, ; P. LAGARDE, « Destinées de l'arrêt Rivièr », *op. cit.*

44. Cf. *Cass.*, 5 déc. 1949, *R.C.D.I.P.*, 1950, P. 165, note MOTULSKY ; *Clunet*, 1950, p. 180, note GOLDMAN ; *J.C.P.*, 1950, II, 5287, note DELAUME.

45. Cf. Paris, 29 juin 1963, *R.C.D.I.P.*, 1964, p. 322, note GRAULICH.

46. Cf. Jacques FOYER, *Filiation illégitime et changement de loi applicable*, Paris, Dalloz, 1964.

47. Cf. P. MAYER, « Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois », *op. cit.* ; Ph. FRANCESCAKIS, « Une extension discutable de la jurisprudence Rivièr : l'application de la loi du domicile commun à la filiation légitime », *Clunet*, 1956, p. 254.



48. Cf. P. MAYER, « Les réactions de la doctrine à la création du droit par le juge », *op. cit.* ; *adde*, VON OVERBECK, « Some observations on the judge under the swiss civil Code », *Louisiana law review*, 1977, p. 692 ; MALAURIE, « Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges », *Rep. Defrenois*, 1980. 1. 861.

49. Cf. SIMON-DEPITRE et Jacques FOYER, *op. cit.*, n° 94, notamment.

50. Cf. J.-P. LABORDE, « La pluralité... », *op. cit.*, p. 278 et ss.

51. *Ibidem*, n° 445, p. 283.

52. *Ibidem*, p. 284.

53. Cf. BATIFFOL et LAGARDE, « L'improvisation... », *op. cit.* ; *Droit International Privé*, II, n° 468 ; LOUSSOUARN et BOUREL, *Droit International privé*, n° 233.

54. Cf. les commentaires de J. FOYER, « Problèmes de conflits de lois... », *op. cit.*, p. 111, note 183, et les observations de Y. LEQUETTE, *loc. cit.*

55. Cf. Paris, 11 mai 1976, *R.C.D.I.P.*, 1977, p. 109.

56. Cf. Jacques FOYER, *Problèmes de conflits de lois...*, *op. cit.*, p. 107, note n° 112 ; *adde*, note n° 113.

57. Cf. A. BUCHER, *Sur les règles de rattachement...*, *op. cit.*, p. 40.

58. Cf. LEWALD, *Règles générales des conflits de lois*, *op. cit.*, p. 32.

59. Cf. J.-P. LABORDE, *La pluralité du point de rattachement...*, *op. cit.*, p. 225, n° 326.

60. Cf. Cass. civ. 10 décembre 1974, PIERUCCI, *RCDIP* 1975, p. 474, note A.P., *Clunet* 1975, p. 542, note KAHN.

61. Sur les apports de cet arrêt, cf. notamment : F. RIGAUX, « La règle applicable à la forme des actes », in *Mélanges Schnitzer*, *op. cit.*, p. 384 et ss ; PATOCCHI, *Règles de rattachement...*, *op. cit.*, p. 29 et ss, n° 44 et ss ; spéc. p. 30, n° 45 et ss.

62. Cf. A. BUCHER, *Sur les règles de rattachement...*, *op. cit.*, p. 40.

63. Il faut, peut-être, remarquer que bien qu'il soit indiqué que l'option appartient « aux deux parties », cela ne signifie, nullement, que la solution n'est pas valable pour les rapports juridiques faisant intervenir plus de deux personnes. Il s'agit, seulement, d'une formule adoptée pour les besoins de l'exposé.

64. Cf. notamment : *RCDIP* 1964, p. 513 et ss, note LAUSSOUARN, *Clunet* 1963, p. 1004, note GOLDMAN.

65. Cf. notamment : *RCDIP* 1975, p. 474, note A.P., *Clunet* 1975, p. 542, note KAHN.

66. C'est la formule de l'arrêt Chaplin.

67. L'on remarquera que, contrairement à cet attendu la Cour de Paris n'avait nullement, dit que ces décrets étaient applicables en l'espèce. Sur ce sujet cf. notamment la note du doyen GOLDMAN.

68. Cf. F. RIGAUX, *La loi applicable à la forme des actes...*, *op. cit.*, p. 391, n° 20.

69. Cf. Jacques FOYER, *Problèmes de conflits de lois...*, *op. cit.*, p. 107, note n° 113.

70. Cf. BATIFFOL et LAGARDE, *L'improvisation...*, *op. cit.*, p. 25.

71. En ce sens, CANSACCHI, *Scelta ed adattamento...*, *op. cit.*, p. 178. Cet auteur relève, en effet, que le juge ne choisit pas, dans cette hypothèse, la loi applicable sur la base d'un critère objectif, indépendant de la volonté des parties.

72. Cf. SIMON-DEPITRE et FOYER, *Le nouveau droit international privé...*, *op. cit.*, n° 57 et la note.

73. SOLUS et PERROT, *Droit judiciaire privé*, I.

74. Sur la réponse à cette interrogation, cf. par exemple, PATOCCHI, *Règles de rattachement...*, *op. cit.*, p. 307-308, n° 620 à 622.

75. Sur cette question cf. notamment : SIMON-DEPITRE et FOYER, *op. cit.*, *supra* note n° 76, n° 56 et 64 ; BATIFFOL et LAGARDE, *L'improvisation...*, *op. cit.*, p. 25 et ss.

76. Cf. PATOCCHI, *Règles de rattachement...*, *op. cit.*, p. 307, n° 621 ; BATIFFOL et LAGARDE, *L'improvisation...*, *op. cit.*, p. 25 et ss.

77. Cf. A. BUCHER, *Sur les règles de rattachement...*, *op. cit.*, p. 40 ; *adde*, VON OVERBECK, *Cours général...*, *op. cit.*, p. 87, n° 194 ; PATOCCHI, *Règles de rattachement...*, *op. cit.*, p. 306, n° 617 et ss.

78. Rapprocher l'opinion ici émise de celle exprimée par H. GAUDEMET-TALLON, « Le nouveau droit international privé européen des contrats », *Rev. Trim. Dr. Européen*, 1981, p. 246, n° 48.

79. Il faut, toutefois remarquer que dans l'affaire PIERUCCI, La Cour de cassation s'est bornée à constater l'absence de choix par les parties de la règle applicable à la forme pour conclure à la nullité du contrat. C'est dire que *l'option est obligatoire*, mais que le juge peut faire application d'une *règle subsidiaire*, à défaut d'option.

80. Cf. en ce sens, BATIFFOL et LAGARDE, *L'improvisation...*, *op. cit.*, p. 26 ; *adde*, PATOCCHI, *Règles de rattachement...*, *op. cit.*, p. 307-308, n° 621.

81. Cf. VON OVERBECK, *Cours général...*, *op. cit.*, p. 90, n° 197.

82. *Ibidem*.

83. Cf. H. BATIFFOL, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *R.C.A.D.I.* 1973, p. 92 et ss, notamment.

84. Cf. CANSACCHI, « Choix et adaptation... » *op. cit.* p. 103 et ss.

85. Cf. H. BATIFFOL, *ibidem*, *loc-cit*.

86. Cf. CANSACCHI, « Choix et adaptation... », *op. cités*. Cette idée qui rejoint la théorie des « *false conflicts* », développée par la doctrine américaine a été mise en relief par JESSURUN D'OLIVEIRA dans sa recherche consacrée à « La règle d'antichoi » (*De ANTIKIESREGEL*), *op. cit*

87. Cité par E. VITTA, « *Diritto internazionale privato* », I, p. 287, note 60.

88. Cf. BATIFFOL et LAGARDE, « L'improvisation des nouvelles règles de conflits de lois en matière de filiation », *R.C.D.I.P.* 1972 p. 1 et ss ; *adde* PATOCCHI, « règles de rattachement... » *op. cit.* p. 314 et ss ; n° 637 et ss.

89. Cf JESSURUN D'OLIVEIRA, « *De Antikiesregel* », DEVENHER, 1971, spécialement le résumé en français, p. 460 et ss.

90. *ibidem*, p. 464, notamment.

91. Cf. E. VITTA, « *Diritto internazionale privato* », I. P. 289 ; PATOCCHI, « règles de rattachement... » *ibidem*.

92. Cf. En ce sens, CANSACCHI, « Choix et adaptation... », *op. cit.* p. 101 ; *ibidem*, « SCELTA ed addatamento... », *op. cit.* p. 176, note 1 ; J.-P. LABORDE, « la pluralité du point de rattachement... », *op. cit.* p. 149 et ss, n° 202 et ss ; p. 215 et ss, n° 308 et ss ;

93. Sur le système cumulatif, cf. notamment CANSACCHI, « Choix et adaptation... », *op. cit.* p. 105, note 2 ; F. RIGAUX, « Droit international privé », tome I, 1977, p. 246, n° 293.

94. C'est là une conséquence de la disjonction des rattachements alternatifs. Ainsi, le professeur Paul LAGARDE fait remarquer que : « *Pour privilégier un certain résultat, le législateur décide que si ce résultat peut être obtenu par l'une ou l'autre des lois qu'il déclare alternativement applicables, c'est cette loi qui sera appliquée* ». in « *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain* », *R.C.A.D.I.* 1986, I, p. 56, n° 41.

95. Pour quelques illustrations dans les codifications récentes du droit international privé cf. notamment, le cas de la République fédérale d'Allemagne, dont la « *loi portant réforme du droit international privé* » a été publiée à la *R.C.D.I.P.* 1987.I.p. 179 et ss, avec les commentaires de MM. H.-J. SONNENBERGER (p. 1 et ss.), F. STURM (p. 33 et ss.) et J. BASEDOW (p. 77 et ss.).

Le projet suisse a été adopté et son entrée en vigueur est prévue, en principe, pour le 1<sup>er</sup> janvier 1989. La nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé a été publiée à la *R.C.D.I.P.* 1988, p. 409 et ss., avec les commentaires de MM. KNOEPFLER (p. 207 et ss.) ; von OVERBECK (p. 237 et ss.) et STOJANOVIC (p. 261 et ss.).

Pour la commodité de l'exposé nous nous sommes parfois référé au texte du projet qui adopte une numérotation des articles différente de celle de la loi nouvelle.

M. SONNENBERGER remarque, en effet que « ...les rattachements alternatifs seront plus répandus que dans le droit antérieur, parce que le législateur a voulu favoriser plus souvent la naissance ou le maintien d'un lien de droit. Depuis longtemps admis pour la forme des actes juridiques et des testaments, le « *Günstigkeitsprinzip* » et par conséquent les rattachements alternatifs se trouvent maintenant aussi dans le droit de la famille comme le témoigne l'article 13, alinéa 2 *EGBGB* (nouv.) concernant les conditions personnelles des fiancés pour la célébration du mariage, l'article 19, alinéa 1<sup>er</sup> sur la légitimité de l'enfant et l'article 20, alinéa 1<sup>er</sup> sur l'établissement de la paternité naturelle... » (p. 15-16, n° 3).

Cf. également la « *Loi sur les questions internationales de filiation paternelle* » promulguée en Suède le 30 mai 1985. (*R.C.D.I.P.* 1987.I.p. 198 et ss, note L. Palsson). Cf. encore les « *Principes généraux du Code civil de la République Populaire de Chine* », adoptés le 12 avril 1986 (*R.C.D.I.P.* 1987, p. 465 et ss), notamment l'art. 146 et la note de Danhan HUANG ; les dispositions de droit international privé introduites dans le Code civil du PARAGUAY par la loi du 23 décembre 1985 (*R.C.D.I.P.* 1987, p. 469 et ss).

96. Cf. cet exemple, in BATIFFOL et LAGARDE, « L'improvisation... » *op. cit.* : le problème se posera dans les mêmes termes en application de l'article 2083 du nouveau Code civil du Pérou, dont les termes sont les suivants : « *La filiation légitime est soumise à la loi la plus favorable à la légitimité, d'entre celle de la célébration du mariage ou celle du domicile conjugal à l'époque de la naissance de l'enfant* ».

97. Pour un exemple, relativement récent, cf. T.G.I. Paris, 30 avril 1985, *RCDIP* 1986 p. 313, note Y. Lequette. Ce jugement relève, en effet, que : « ... si le mariage de Christian G... de nationalité française, avec la mère peut certes emporter légitimation conformément à l'article 311-16, *L'application de l'article 318 qui pourrait en résulter est toutefois exclue, vu la déchéance encourue résultant de l'expiration du délai de six mois de mariage...* » (p. 315).

98. Cette question avait été soulevée par la jurisprudence belge et elle avait suscité une controverse doctrinale. Ainsi, M. Jacques FOYER considérait que la question n'avait aucune portée pratique car, disait-il, elle péchait par trop de subtilité (Cf. Jacques FOYER, « *La filiation illégitime et changement de loi applicable* », Paris, *Dalloz* 1966, notamment p. 116, n° 166).

99. Sur la problématique de l'adéquation du droit au fait, Cf. notamment, MOTULSKY, « *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé (la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs)* » ; Paris, 1948 ; Atias et Linotte, « *Le mythe de l'adaptation du droit au fait* », *D.* 1977, *Chr.* XXXIV, p. 251 et ss ; M-L. NIBOYET-HOEGY, « *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé* », Paris, *Economica* 1986, spéc. p. 49 et ss ; n° 103 et ss.

100. Sur les techniques de choix de la loi applicable et le rôle de la localisation Cf. notamment : David KELLY, « *norme localizzanti e scelta della legge applicabile* », *Diritto Internazionale*, 1970 p. 177 et ss ; P. GRAULICH, « *La signification actuelle de la règle de conflit* », *op. cit.* ; P-M PATOCCHI, « *Règles de rattachement...* » « *op. cit.* » ; P. LAGARDE, « *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain* », *op. cit.*

## CHAPITRE DEUXIÈME

### La finalité matérielle

*« Il ne faut pas exagérer le particularisme juridique, s'imaginer que toutes les solutions de droit international privé touchent aux intérêts politiques essentiels des Etats : ce qui est exception ne doit pas être transformé en règle »*  
MAURY, « Règles générales des conflits de lois » R.C.A.D.I. 1936, III. p. 455, n° 117.

35. — Pour comprendre la signification de l'alternative dans l'application de la loi il convient de se rappeler que, dès 1939, Lewald faisait remarquer que Arminjon proposait qu'on appelât le type de rattachements qui fait l'objet de la présente recherche, rattachement « optatif »<sup>1</sup>.

En effet, le caractère alternatif de la règle implique une option entre les rattachements en concours. Après avoir rattaché le rapport de droit, l'interprète doit choisir le rattachement opératoire. C'est à ce moment qu'intervient la notion d'alternative comme critère d'application de la loi.

Il s'agit, à ce stade du raisonnement de faire la pesée des rattachements pour ne retenir que celui qui permet d'obtenir le résultat escompté. Tous les rattachements conduisent à des lois virtuellement applicables, mais seul sera retenu celui qui conduit à l'application de la loi adéquate<sup>2</sup>.

Ainsi, lorsque le nouveau Code civil du Pérou de juillet 1984, dispose en son article 2083 que : « La filiation légitime est soumise à la loi la plus favorable à la légitimité, d'entre celle de la célébration du mariage ou celle du domicile conjugal à l'époque de la naissance de l'enfant »<sup>3</sup>, il faut, tout d'abord, disjoindre les rattachements en rattachant le rapport juridique à chacune des lois indiquées par les points de contact contenus dans la norme. Mais, après avoir rattaché le rapport juridique, il faudra opter entre les rattachements et

ne sera retenu comme opératoire que le rattachement qui conduit à l'application de la loi la plus favorable.

C'est en ce sens que la règle à rattachements alternatifs est une règle de rattachement à caractère substantiel.

36. — Comme l'a remarqué le professeur Jacques Foyer, le type de règles de rattachement dites à caractère substantiel n'est pas facile à définir<sup>4</sup>.

M. Patocchi a esquissé dans sa thèse la définition suivante : la règle de rattachement à caractère substantiel « retient un nombre plus ou moins important de règles potentiellement applicables et la favorisation d'un effet de droit matériel dans les relations internationales permet à la règle de rattachement d'exercer une sorte de censure matérielle permettant d'écarter les lois révélant une trop grande divergence avec l'idéal matériel précisé par la règle de rattachement, généralement sous-jacent aux règles matérielles de la *lex fori* »<sup>5</sup>.

Cette définition correspond bien à la nature et à la fonction des règles à rattachements alternatifs. Nous avons constaté, en effet, que ce dernier type de règles contient une pluralité de rattachements disjoints dans un but de protection soit d'une personne, soit d'un rapport de droit.

L'option entre les rattachements exprime, généralement, la volonté de l'auteur de la règle de voir triompher, au plan international, les idéaux du droit interne dont la *lex fori* est porteuse. Le « renouveau du particularisme » se traduit, alors, soit par un ralliement aux idéaux statutistes, soit par un ralliement aux idéaux territorialistes<sup>6</sup>.

Selon le professeur Vitta « ... on peut concevoir un système, en abstrait, où le législateur renoncerait à établir le rapport précis (alternatif, successif, etc...) entre les différents rattachements, en laissant la liberté au juge de choisir le rattachement le plus approprié à la solution de chaque cas particulier. Wengler affirme, qu'en procédant de la sorte, la loi applicable finit par résulter d'un choix entre tous les rattachements existant *in concreto* « *by means of balancing all the connexions which exist in concreto* ». « Un système de ce genre est, en partie, suivi par certaines législations, spécialement, en matière de contrat, à travers la recherche de la soi-disant *proper law of the contract*. On rappellera ici que la doctrine américaine s'est orientée en ce sens pour régler les conflits de lois en général »<sup>7</sup>.

L'on retrouve ici, certes, cette préoccupation constante de la doctrine européenne de rechercher une solution satisfaisante des conflits de lois par une prise en considération des intérêts matériels que le caractère international de la relation juridique met en jeu<sup>8</sup>.

La signification d'un tel système et ses limites ont été résumées par le professeur Vitta en ces termes : « ... Un éventuel libre choix entre tous les rattachements existant *in concreto* qui viendrait à être laissé au juge, outre la critique qu'on peut adresser à telle méthode au point de vue de la certitude du droit, se présenterait comme un type assez particulier de concours d'éléments de rattachements. Il s'agirait, me semble-t-il, d'un concours alternatif d'un très vaste contenu, dans la mesure où tous les rattachements possibles seraient pris en considération et seraient alternativement applicables »<sup>9</sup>.

C'est dire que pour répondre à l'exigence de prévisibilité et pour garantir la certitude du droit, la règle de droit international privé contenant des rattachements alternatifs ne peut pas comporter un nombre trop important de rattachements en concours. Et ceci que le choix de la loi applicable appartienne aux parties intéressées au rapport de droit ou au juge lui-même.

Parmi les dangers d'une option trop largement ouverte aux parties il faut, tout de suite, relever le *forum shopping* et la *fraude à la loi*, dès lors que tous les systèmes nationaux intéressés réglementent la matière en cause, en utilisant des rattachements alternatifs. Si, comme dit M. Patocchi, la règle à rattachements alternatifs, en tant que règle de rattachement à caractère substantiel, « ... permet à la règle de rattachement d'exercer une sorte de censure matérielle permettant d'écarter les lois révélant une trop grande divergence avec l'idéal matériel précisé par la règle de rattachement, généralement sous-jacent aux règles matérielles de la *lex fori* »<sup>10</sup>, il semble logique d'envisager que cette *rupture de l'égalité entre lex fori et droit étranger* puisse être à la base de manifestations de *forum shopping* et de *fraude à la loi*.

C'est que, en dernière analyse l'une et l'autre de ces pratiques procèdent d'un même esprit : la manipulation de la règle de compétence ou de conflit de juridictions, dans le premier cas, et la manipulation de la règle de conflit de lois, dans le second, dans le but d'obtenir un résultat autre que celui auquel conduirait le fonctionnement normal de ces règles<sup>11</sup>.

Aussi, une règle à rattachements alternatifs n'apparaît plus comme une règle de conflit de lois dès lors que le caractère substantiel de la règle est marqué soit par une large option, ouverte aux destinataires de la règle, entre tous les rattachements, soit par l'accent mis sur une exigence spéciale de l'une des lois en concours de manière à ce que la volonté d'application de ladite loi ne puisse être éludée par le choix d'une loi concurrente.

L'exemple type de règle de rattachement à caractère substantiel caractérisée par une large option entre les rattachements peut être trouvé dans l'article premier de la Convention de la Haye sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires.

Ce texte met en concours plus de cinq éléments de rattachement et les double, parfois, d'alternatives dans le temps. L'éventail des lois en concours est tellement large qu'on peut dire que rares seront, sous l'empire de ce texte, les testaments non valables en la forme.

Ce même caractère substantiel de la règle à rattachements alternatifs s'accroît lorsque la volonté de l'auteur de la règle, de marquer le choix dans un sens déterminé, est telle qu'elle ne peut pas être éludée par un choix concurrent.

37. — Le caractère substantiel de la règle à rattachements alternatifs implique, par conséquent, une option entre les rattachements en tenant compte non seulement du but général recherché par l'auteur de la règle, mais aussi, et surtout, en tenant compte de la volonté particulière d'application exprimée par la loi du for, dès lors que le rapport juridique en cause rentre dans son champ d'application.

La localisation impliquée par la règle à rattachements alternatifs n'est pas une localisation abstraite mais concrète. Elle n'a de sens que dès lors que l'applicabilité de la règle est liée à la teneur de la loi à appliquer.

Et l'on peut dire, dès lors, que la règle à rattachements alternatifs est toute règle de droit international privé qui ouvre une option entre les rattachements pour permettre la réalisation d'un but de droit matériel.

L'on peut déduire de ce qui vient d'être dit que toute règle à rattachements alternatifs, est une règle de rattachement à caractère substantiel, en ce sens que l'option entre les rattachements n'est offerte aux destinataires de la règle que pour servir la réalisation d'un intérêt matériel.

L'intérêt et la portée de cette observation résident dans le fait que la règle de rattachement à caractère substantiel élaborée en Europe et celle élaborée aux Etats-Unis d'Amérique ne présentent pas la même structure<sup>12</sup> alors que les auteurs européens, surtout, ont cherché à les rapprocher<sup>13</sup> malgré la différence d'approche méthodologique<sup>14</sup>.

C'est que la règle de rattachement à caractère substantiel telle qu'elle est définie par M. Pattochi peut contenir en son sein la règle à rattachements alternatifs<sup>15</sup> mais elle laisse en dehors de son champ la règle de rattachement, telle qu'elle est conçue et appliquée par la doctrine et les juridictions américaines<sup>16</sup>.

En effet, la règle à rattachements alternatifs est une règle de rattachement à caractère substantiel, en ce que son élaboration et son application ont comme point de départ une idée de fond<sup>17</sup>. Le choix de la loi se fait, par conséquent, en fonction du résultat fixé par l'auteur de la règle.

Or, comme l'a remarqué le professeur Vitta, pour les théories et les pratiques américaines, il s'agit d'une approche jurisprudentielle pour résoudre des cas concrets. « En général, toutes ces théories tendent à des solutions matérielles plus justes que celles auxquelles parvient la méthode traditionnelle »<sup>18</sup>.

L'on sait, toutefois, que bien avant que Cavers<sup>19</sup> ou Currie<sup>20</sup>, ainsi que toute la doctrine américaine postérieure, n'aient fait triompher la prétendue « *american revolution* », la doctrine européenne<sup>21</sup> suivant en cela une tradition historique<sup>22</sup> avait prôné la prise en considération de la finalité poursuivie par les règles matérielles à appliquer<sup>23</sup>.

Ainsi Pillet proposait-il la déduction de la loi applicable de l'analyse du but des règles matérielles éventuellement applicables<sup>24</sup>. Et l'on connaît les objections opposées, notamment, par Bartin<sup>25</sup> et par Wengler<sup>26</sup> au système proposé par Pillet.

**38. —** Aux Etats-Unis d'Amérique, la prise en considération du but poursuivi par les lois matérielles éventuellement applicables est la conséquence, notamment, de deux approches doctrinales pour la solution du conflit des lois : *l'interest analysis* et la *better law approach*.

Dans *l'interest analysis*, le choix de la loi applicable appartient au juge et il est demandé à ce dernier d'analyser les différents *intérêts étatiques* mis en cause par le rapport de droit. La loi applicable résultera *directement* de la pesée des intérêts en concours même si le choix entre les intérêts se fait par application de critères de préférence<sup>27</sup>.

Dans la doctrine de la *better law* le choix de la loi applicable s'effectue par la préférence donnée à la loi, réputée la plus apte à régir le rapport de droit, en raison de son contenu matériel.

Mais, la *jurisprudence des intérêts* telle qu'elle est pratiquée aux Etats-Unis d'Amérique n'a pas la même signification que celle qui a été conçue et s'est développée en Europe. C'est que, alors qu'aux Etats-Unis d'Amérique les intérêts pris en considération lors de la détermination de la loi applicable sont des intérêts politiques, en ce sens qu'ils mettent en jeu les intérêts des Etats concernés<sup>28</sup>, en Europe, la considération des intérêts matériels n'a d'autre signification que leurs contenus exclusivement économiques et sociaux<sup>29</sup>.

C'est ainsi que *les règles d'application immédiate de l'Etat du for* sont des règles de rattachement à caractère substantiel, sans être, nécessairement, des règles à rattachements alternatifs. En effet, la compétence de la règle d'application immédiate de l'Etat du for résulte des *attaches* ou des *points de contact* que le rapport juridique a avec le système juridique du for, c'est-à-dire, soit la nationalité des parties, soit l'accomplissement ou la réalisation d'un acte ou d'un fait juridique sur le territoire, soit les répercussions sur le territoire du for d'un acte ou d'un fait juridique accompli ou réalisé à l'étranger<sup>30</sup>.

Un exemple de ce qui vient d'être dit peut être trouvé dans une disposition telle que celle du *paragraphe 12 de la loi allemande sur les conditions générales des contrats*, qui exige qu'elle soit respectée même si le rapport juridique est régi par une loi étrangère.

Et dans la perspective de la loi étrangère un autre exemple peut être trouvé dans l'article 7 de la Convention européenne sur la loi applicable au contrat. Ce texte dispose, en effet, en son paragraphe 1 que, lors de l'application de la loi d'un pays déterminé,

« il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat ».

Ce texte qui rejoint le contenu de l'article 18 du projet suisse s'inscrit dans la tendance unilatéraliste, notamment, en ce que le premier alinéa de l'article 7 dispose :

« Pour décider si effet doit être donné à ces dispositions impératives, il sera tenu compte de leur nature et de leur objet ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non application ».

Le choix de la loi en fonction du résultat est donc patent. Mais cette règle tout en étant une règle de rattachement à caractère substantiel n'est pas une règle à rattachements alternatifs. En effet, les règles à rattachements alternatifs, dans la mesure où elles peuvent se décomposer en autant de règles qu'il y a de rattachements, implique *a priori* le concours entre les rattachements avant que l'option ne se fasse en faveur du rattachement adéquat. Tel n'est pas le cas dans le type de règles à caractère substantiel qui vient d'être évoqué. Comme l'a remarqué M. Pocar, « les expressions employées dans le texte, qui n'exige pas que la loi interne soit appliquée, mais qu'on lui donne effet, ainsi que le but de la loi amènent plutôt à la conclusion qu'il s'agit d'une disposition spécifiant la réserve d'ordre public »<sup>31</sup>.



C'est là, la logique de l'unilatéralisme lorsqu'elle pénètre le champ du droit contractuel<sup>32</sup>. Les lois d'application immédiate lorsqu'elles s'appliquent aux contrats qui rentrent dans leur champ d'application ont pour effet de restreindre le domaine de la loi d'autonomie. Plus généralement, il est possible de conclure, avec le professeur Rigaux que « ... les règles d'application immédiate dérangent le fonctionnement des règles de rattachement traditionnelles »<sup>33</sup>.

39. — L'on sait que Cavers a abandonné sa conception initiale fondée sur les « principes de préférence » pour adopter une approche fondée sur des règles de rattachements, dont la création serait basée sur l'analyse des règles de droit matériel des Etats intéressés au litige<sup>34</sup>.

Aussi, les positions de Cavers et de Currie se rapprochent en ce que tous les deux se fondent sur le droit matériel pour déterminer le droit applicable. Mais ce qui caractérise essentiellement la doctrine de Cavers est qu'elle recherche la règle qui produit le meilleur résultat, alors que celle de Currie opère par le biais de la pesée des différents « intérêts gouvernementaux » pour choisir soit le droit représentant l'intérêt prépondérant, soit la « *lex fori* ».

C'est par là que les doctrines américaines dominantes rejoignent les doctrines développées en Europe par certains auteurs, dont Pilenko<sup>35</sup> et Quadri<sup>36</sup> sont l'expression la plus patente, voire par la jurisprudence européenne de certains pays<sup>37</sup>.

Ainsi, la doctrine américaine paraît se rapprocher beaucoup plus de l'unilatéralisme européen que du bilatéralisme classique<sup>38</sup>. Ce qu'on prétend, souvent, en Europe être un « *affinement* » de la règle de conflit se traduit, *au plan méthodologique*, non pas par un progrès mais par une régression<sup>39</sup>.

L'orientation du droit international privé, dans les textes de codification récente, est empreinte, à la fois, d'unilatéralisme<sup>40</sup> et de préoccupations de droit matériel<sup>41</sup>. Le droit international privé français se trouve donc à un « tournant »<sup>42</sup> qu'il convient d'analyser<sup>43</sup> pour rechercher dans quelle mesure les règles à rattachements alternatifs en tant que règles de rattachement à caractère substantiel s'harmonisent avec les codifications et projets de codification les plus récents<sup>44</sup>.

Or, il y a des préoccupations communes au droit international privé américain et à certaines orientations prises par le droit international privé de certains Etats qui ont effectué, à l'heure actuelle, une œuvre de codification : c'est l'édiction de règles de rattachement à caractère substantiel.

Les règles à rattachements alternatifs se retrouvent dans la presque totalité des codifications actuelles, montrant, par là même, que les transformations d'ordre méthodologique opérées par le droit international privé, à l'heure actuelle, ne sont pas l'apanage des seuls Etats-Unis d'Amérique, mais que la recherche d'une solution satisfaisante des conflits de lois implique la prise en considération de certains intérêts par la loi avec laquelle la situation à régir présente les liens les plus étroits<sup>45</sup>.

Aussi, ce chapitre sera divisé en deux sections. Dans la première section, il s'agira de démontrer que dans le système alternatif l'option s'exerce en fonction d'un résultat (Section I) et dans la seconde section, l'on cherchera à dégager les modalités de ce résultat, en fonction de la finalité matérielle de la règle (Section II).

## Section I

### **L'option s'exerce en fonction d'un résultat**

40. — L'une des caractéristiques des règles à rattachements alternatifs, réside dans le fait que, dans ce type de règles, le choix de la loi se fait en fonction d'un certain résultat<sup>46</sup>.

En effet, lorsqu'on analyse les règles à rattachements alternatifs, l'on est porté à constater que le rattachement alternatif accomplit une double mission.

Parfois, les rattachements alternatifs jouent le rôle d'instruments de protection des faibles et des contractants de bonne foi (§1).

D'autre fois, les rattachements alternatifs jouent le rôle d'instruments de protection des actes juridique (§2).

C'est ce double rôle des rattachements alternatifs qu'il convient d'illustrer.

#### **§1. — Les rattachements alternatifs : instruments de protection des faibles et des contractants de bonne foi**

41. — Les objectifs du droit international privé<sup>47</sup>, sont en train de subir une révision profonde, à l'heure actuelle<sup>48</sup>.

La « jurisprudence des intérêts » a pénétré en profondeur le droit international privé moderne<sup>49</sup>, imposant une appréciation matérielle des intérêts en jeu, pour atteindre la solution la plus satisfaisante au cas concret que la règle de conflit est appelée à régir<sup>50</sup>.

L'idée selon laquelle le droit, en général, et le droit international privé en particulier, ne peut pas ignorer les objectifs et valeurs économiques, sociales et politiques dont le droit substantiel est porteur a été, aujourd'hui, consacrée aussi bien par le droit conventionnel que par les droits nationaux<sup>51</sup>.

Aussi, les rattachements alternatifs jouent-ils un rôle important, en tant qu'instruments de protection : d'une part, ils jouent le rôle d'instrument de protection des faibles (I) ; d'autre part, ils jouent le rôle d'instruments de protection des personnes de bonne foi, lors de la réalisation d'un acte juridique, qui s'avère annulable, après coup (II).

*A — Les rattachements alternatifs : instrument de protection des faibles*

42. — Les domaines dans lesquels des rattachements alternatifs ont été prévus, ou se sont développés est très vaste.

En tant qu'instrument de protection des faibles, l'on peut distinguer, essentiellement, deux matières qui constituent le domaine d'élection des rattachements alternatifs : le droit de la famille (a) et le droit des obligations (b).

*a) Les rattachements alternatifs dans le domaine du droit de la famille*

43. — Si le droit est l'écran où l'on peut voir se dérouler les grandes transformations sociales, le droit de la famille illustre parfaitement les transformations sociologiques survenues dans les sociétés contemporaines<sup>52</sup>.

Parmi les matières qui relèvent du droit de la famille, le droit de la filiation et celui de l'obligation alimentaire sont, sans contestation possible, les domaines privilégiés des rattachements alternatifs<sup>53 54</sup>.

Un auteur explique ce phénomène par le fait que : « On a appelé notre siècle, le siècle de l'enfance »<sup>55</sup>.

La grande majorité des législations actuelles, aussi bien nationales que conventionnelles ont opéré une transformation importante du rattachement : parfois la nationalité est remplacée par la résidence habituelle, comme élément de rattachement permettant l'application de la loi la plus appropriée par le lien le plus étroit<sup>56</sup>. D'autres fois, et le plus souvent, les législateurs ont adopté des rattachements alternatifs pour créer des situations plus favorables à l'enfant<sup>57</sup>.

Aussi, en *matière de filiation*, c'est, souvent, un changement survenu dans le droit matériel qui est à la base de l'évolution des règles de droit international privé<sup>58</sup>.

La *reconnaissance* et la *légitimation* des enfants naturels sont les matières les plus touchées par ces transformations du droit<sup>59</sup>.

En effet, il est des cas où l'enfant a tout intérêt à détruire un lien purement formel, pour rétablir, avec une autre personne, un lien plus effectif, répondant mieux à la vérité biologique<sup>60</sup>. Les rattachements alternatifs sont, le plus souvent, les instruments de cette politique.

Ainsi, la *reconnaissance d'un enfant naturel* est soumise à des rattachements alternatifs aussi bien en France (art. 311-17) qu'en R.F.A. (Loi de 1986), en Italie (art. 26), en Hongrie (§42 du Dec. Loi n° 13/1979)<sup>61</sup>.

L'application de cette technique en la matière a été envisagée par certains projets de codification du droit international privé, tels que : la loi fédérale suisse (art. 72), le projet de code brésilien sur l'application des normes juridiques de 1970 (art. 41), les projets de loi uniforme sur le droit international privé du Benelux (art. 5), le projet français complétant le Code civil en matière de droit international privé (art. 2298).

De même, la solution préconisée par l'article 311-16 du Code civil français pour régler le conflit de lois en *matière de légitimation*, a été également adoptée par d'autres législations ou projets<sup>62</sup>.

En matière *d'obligation alimentaire*, le projet de loi uniforme du Benelux de 1951, a été la première tentative d'application de l'idée de faveur à l'enfant<sup>63</sup>.

Les critiques suscitées par ce texte en vertu de son incertitude et de son imprévisibilité<sup>64</sup> ont permis aux législations nationales et conventionnelles de mieux aménager la structure des règles de rattachement<sup>65</sup>.

On remarquera, toutefois, qu'entre le texte de l'article 311-18 du Code civil français et ceux des deux conventions de la Haye, il y a plus qu'une nuance.

En effet, alors que les conventions de la Haye établissent une hiérarchie entre les rattachements, l'article 311-18 du Code civil français met les deux rattachements qu'il contient sur un pied d'égalité. Il en résulte toute une série de conséquences, notamment, en ce qui concerne le choix de la loi applicable et l'aptitude de la loi choisie à régir effectivement le cas concret<sup>66</sup>.

Ce n'est pas là, le seul cas où le choix de la loi en fonction du résultat dans un but de protection s'avèrera être une source de complications<sup>67</sup>.

La même constatation ne pourrait-elle pas être faite dans le domaine du droit des obligations ?

#### *b) Les rattachements alternatifs dans le domaine du droit des obligations*

44. — Les rattachements alternatifs ont été utilisés comme instrument de protection des faibles aussi bien dans le domaine des obligations volontaires<sup>68</sup> que dans celui des actes illicites<sup>69</sup>.

##### *α) Les rattachements alternatifs dans le domaine des obligations volontaires*

Il est désormais acquis en doctrine que l'autonomie de la volonté n'est que l'expression d'un rattachement substantiel lorsqu'elle s'applique à des situations régies par le droit international privé<sup>70</sup>.

Ainsi, lorsque la Cour de cassation énonçait en 1910 que « la loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée », ce n'était là que l'expression de l'idée selon laquelle les parties sont libres de choisir la loi qui leur est la plus convenable<sup>71</sup>.

Mais l'utilisation de l'autonomie de la volonté comme rattachement substantiel, trouve sa limite dans la « localisation » objective de l'affaire<sup>72</sup>.

45. — Aussi, on aurait pu croire que le droit des obligations volontaires, en vertu notamment du principe de l'autonomie de la volonté, resterait à l'abri de l'emprise des rattachements alternatifs, qui se développent dans certaines matières. Mais l'accroissement des « matières relevant de l'ordre public », a fait que ce type de réglementation a été utilisée pour régir *les relations de travail* en général et *le contrat de travail* en particulier<sup>73</sup>.

L'analyse de la jurisprudence française, en la matière, montre que la compétence accordée à la loi du lieu d'exécution n'exclut pas l'intervention d'une autre loi, en tant que « loi plus favorable » au travailleur.

C'est en effet, sur le terrain des rattachements alternatifs qu'il faut se placer pour comprendre la solution de l'arrêt Thuillier<sup>74</sup> et de ses suites<sup>75</sup>.

Les relations de travail ne sont pas rattachées au lieu d'exécution par un « rattachement fixe ». C'est la solution qui semblait se dégager, déjà, de l'arrêt Zanarelli<sup>76</sup>.

Cette utilisation de rattachements alternatifs dans les relations de travail est, désormais, un fait qui peut être vérifié dans la plupart des législations nationales. La combinaison des rattachements conduit, souvent, au concours entre la *lex loci executionis* et la loi choisie par les parties.

Telle est l'orientation qui se dégage de la législation américaine (Restatement Second, §196), de la loi polonaise du 2 novembre 1965 (art. 32 et 33) de la loi tchèque du 4 décembre 1963 (§16), de la loi hongroise de 1979 (§51 et 52).

Une telle orientation semble aller dans le sens de la résolution prise par l'Institut de Droit International, le 3 septembre 1971. Mais la similitude n'est qu'apparente.

En effet, les législateurs nationaux ne semblent pas avoir adopté la même technique que celle employée dans la résolution de l'Institut. Alors que, cette dernière utilise des rattachements subsidiaires (compétence de principe à la loi du lieu d'exécution : art. 3, et compétence subsidiaire à la loi d'autonomie : art. 5), les différents législateurs nationaux font recours à des rattachements alternatifs (compétence à la plus favorable des deux lois suivantes : soit à celle du lieu d'exécution, soit à celle choisie par les parties).

On explique, généralement, l'utilisation de rattachements alternatifs en cette matière par le fait que le travailleur est supposé être plus faible que son employeur.

Mais la question soulevée par le professeur Paul Lagarde, dans sa note sous l'arrêt Thuillier reste d'actualité : « ... Peut-on, véritablement, poser en règle générale que pour tout contrat de travail international, l'employeur ne peut invoquer qu'une seule loi (la loi du contrat) alors que le salarié pourrait toujours en invoquer deux (celle du contrat et celle du lieu d'exécution) ? »<sup>77</sup>.

Quoi qu'il en soit, la tendance à l'utilisation de rattachements alternatifs dans les relations de travail a été reçue comme par contagion, par le droit conventionnel.

La vieille idée de Niboyet a fait son chemin : « A propos du contrat de travail on ne se trouve pas seulement en matière de règles de droit contractuel... mais de dispositions vraiment typiques de police et de droit public », disait-il<sup>78</sup>.

Cette idée a été reçue, d'abord, par les juridictions nationales<sup>79</sup> et, assez rapidement, elle a fait sa percée dans le droit inter-étatique<sup>80</sup>.

Ainsi, adoptant un système qui se rapproche des rattachements alternatifs, la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles soumet, dans son article 6 la réglementation du contrat de travail, à la loi d'autonomie, sous réserve d'application de la loi du lieu d'exécution,

ou de la loi du lieu du siège de l'employeur, si ces dernières sont plus protectrices du travailleur<sup>81</sup>.

Mais, même s'il est vrai que le droit se développe à l'heure actuelle « sur un fond d'impérativité »<sup>82</sup>, l'on ne peut pas oublier que les relations entre employeur et employé, qui constituent les relations de travail restent encore attachées au droit privé.

L'on pourrait, ainsi, expliquer que la Convention de Rome ait adopté dans son article 6, des rattachements alternatifs, et non pas des rattachements subsidiaires, comme le propose la résolution de l'Institut de Droit International<sup>83</sup>, par le fait que les rattachements alternatifs sont, souvent, présentés comme un substitut de l'ordre public<sup>84</sup>.

La même tendance peut être vérifiée dans la réglementation des contrats conclus par les consommateurs.

46. — C'est, une fois encore, par extension de la tendance à la *protection des consommateurs* qui se développe dans les différents Etats<sup>85</sup>, que le droit international privé, de source nationale<sup>86</sup> et inter-étatique<sup>87</sup> a utilisé la technique des rattachements alternatifs.

L'article 5 de la Convention de Rome soumet, en effet, les contrats conclus par les consommateurs, soit à la loi d'autonomie, soit à la loi de la résidence habituelle du consommateur, chaque fois que cette dernière contient des « dispositions impératives » protectrices, ou en l'absence de choix de la loi par les parties, dès lors qu'un certain nombre de conditions, énumérées par ce texte, se trouvent réunies<sup>88</sup>.

Cette alternative offerte aux parties par l'article 5 se traduit, en pratique, par le choix de la loi la plus favorable au consommateur<sup>89</sup>, car s'il y a choix, par les parties, d'une loi déterminée, les dispositions de la loi d'autonomie ne peuvent pas aller à l'encontre des dispositions impératives de la loi de la résidence habituelle, dès lors que cette dernière s'avère plus favorable.

S'il n'y a pas choix de la loi par les parties, la loi de la résidence habituelle, supposée être la plus favorable au consommateur, est toujours applicable si elle est aussi le lieu de conclusion ou de l'offre, ou si le contrat a été conclu sous l'effet d'un démarchage dans l'Etat de sa résidence.

En somme, qu'il s'agisse du contrat de travail ou du contrat conclu par les consommateurs, les rattachements alternatifs sont utilisés, dans ces matières, pour protéger la partie qui, dans le rapport de droit en cause, est supposée être la plus faible.

L'autonomie de la volonté est en recul<sup>90</sup> sous l'effet du développement des lois de police<sup>91</sup>. Certains rapports de droit privé voient intervenir des dispositions impératives, qui prétendent corriger l'éventuelle inégalité des parties au rapport de droit<sup>92</sup>.

L'idée de protection de la partie faible à un rapport d'obligation par des rattachements alternatifs, ne s'est pas limitée au domaine des obligations volontaires.

Les obligations non-volontaires ou délictuelles sont, elles aussi, régies par des rattachements alternatifs dans le même but<sup>93</sup>.

β) *Les rattachements alternatifs dans le domaine des obligations non-volontaires*

47. — Il a, déjà, été démontré que des rattachements alternatifs sont utilisés, de longue date, par certains systèmes de droit, pour régir la responsabilité délictuelle<sup>94</sup>.

En effet, l'idée selon laquelle la victime d'un délit peut choisir entre les différentes concrétisations des rattachements prévus par la règle de droit international privé est, aujourd'hui, admise par des codifications étatiques<sup>95</sup> et inter-étatiques<sup>96</sup>.

Ainsi, en matière de *responsabilité du fait des véhicules* la faveur à la victime exprimée, en droit interne français par la loi du 5 juillet 1985<sup>97</sup>, se retrouvait déjà, en droit international privé, dans l'article 9 de la Convention de la Haye du 4 mai 1971.

Ce texte dispose, en effet : « Les personnes lésées ont le droit d'agir directement contre l'assureur du responsable, si un tel droit leur est reconnu par la loi applicable en vertu des articles 3, 4 ou 5. Si la loi de l'Etat d'immatriculation applicable en vertu des articles 4 ou 5 ne connaît pas ce droit, il peut néanmoins être exercé s'il est admis par la loi du contrat d'assurance<sup>98</sup>.

Le souci de protéger ou de favoriser la ou les victimes est patent<sup>99</sup>. La hiérarchie des rattachements conduit à l'application de la loi qui, dans un éventail qui comprend la *lex loci delicti*, la loi de l'immatriculation ou la loi du contrat d'assurance, permet l'obtention du résultat escompté.

Une telle solution montre bien que, ni la *lex loci delicti*, ni la « proper law of the tort »<sup>100</sup> ne sont aptes, à elles seules, à apporter une réponse convenable au besoin de justice exprimé par les victimes d'accidents de la circulation routière.

La justice formelle, propre au droit international privé classique, cède le pas aux exigences de justice matérielle qui se développe avec l'avènement de la nouvelle société industrielle, à la fois plus technicienne et plus libérale<sup>101</sup>.

Cette tendance est, en effet, confirmée par le texte de la convention de la Haye sur la loi applicable à la *responsabilité du fait des produits*.

Dans son article 6 cette convention dispose : « Quant aucune des lois désignées aux articles 4 et 5 ne s'applique, la loi applicable est la loi interne de l'Etat du principal établissement de la personne dont la responsabilité est invoquée à moins que le demandeur ne se fonde sur la loi interne de l'Etat sur le territoire duquel le fait dommageable s'est produit ».

Commentant ce texte, le doyen Loussouarn a pu écrire : « Ce texte répond à la nécessité de découvrir une solution de conflit de lois dans les cas où n'existe aucun des groupements de points de contact prévus par les articles 4 et 5. Les partisans de la loi la plus favorable à la victime ont alors obtenu une satisfaction partielle... Dans ce cas une option est donc ouverte à la victime... Et cette option sera tout naturellement exercée en faveur de celle des deux lois qui est la plus favorable à la victime »<sup>102</sup>.

La loi suisse, dans son souci de réglementer dans le détail, prévoit des rattachements alternatifs pour régir le cas particulier de la pollution transfrontière<sup>103</sup>.

Mais cette avancée législative de la loi suisse, si elle reste isolée, posera des problèmes d'application<sup>104</sup>.

La confirmation semble donc, être faite que les rattachements alternatifs sont des instruments mis au service de la protection d'une partie qui, dans le rapport de droit, est supposée être la plus faible.

Qu'il s'agisse du droit étatique ou du droit inter-étatique ; qu'il s'agisse de réglementer des matières relevant du droit de la famille ou des matières qui relèvent du droit des obligations, les rattachements alternatifs se révèlent l'instrument dont se sert, le plus souvent, le droit privé pour rétablir l'équilibre entre des parties dont l'intérêt ou la puissance sont présumés inégaux.

48. — L'expression « protection des faibles » avait été utilisée il y a un certain nombre d'années déjà par KNAPP<sup>105</sup>. L'idée a fait son chemin et le projet suisse sur le droit international privé la reprend explicitement<sup>106</sup>.

La référence faite, par certaines législations nationales et conventionnelles, aux « dispositions impératives », et le choix, laissé au travailleur, de la loi qui lui est plus favorable ne peuvent s'expliquer que parce que ce dernier est supposé être en position de faiblesse par rapport à son employeur.

De même, la protection du consommateur ne peut s'expliquer que parce que ses cocontractants sont supposés être plus forts que lui.

Le souci de protéger la partie faible par l'édiction de rattachements alternatifs ne doit pas escamoter des problèmes plus graves et plus profonds.

Ainsi, M Giardina se demande si la loi de la partie la plus faible est, effectivement, plus favorable que celle de la partie économiquement la plus forte<sup>107</sup>.

Mais, c'est surtout sur le plan du degré même de la protection que le problème se pose avec le plus d'acuité car la tendance actuelle est à l'utilisation de conventions applicables même à des ressortissants des Etats tiers<sup>108</sup>.

Toutes ces difficultés seront analysées plus loin. Il s'agit, seulement, pour le moment de dégager la signification de la disjonction des rattachements alternatifs pour mieux en cerner la notion.

Aussi, l'on peut, dans une conclusion provisoire, constater que la règle à rattachements alternatifs contient une pluralité de rattachements disjoints dans un but de protection des faibles.

Mais ainsi qu'il a été dit plus haut, les rattachements alternatifs ne servent pas seulement d'instruments de protection des faibles. Il sont aussi, souvent, utilisés comme instruments de protection des contractants de bonne foi.

C'est ce dernier aspect qu'il convient d'illustrer, dès à présent.

#### *B — Les rattachements alternatifs : instrument de protection des contractants de bonne foi*

49. — Les rattachements alternatifs en droit international privé peuvent être utilisés comme instruments de protection des contractants de bonne foi.

En effet, il y a des situations juridiques qui se créent sans que l'une des parties puisse se renseigner, de manière approfondie, pour savoir si toutes conditions de validité du rapport de droit sont réunies, ou si le cocontractant agit dans la limite des pouvoirs qui sont les siens.



Deux exemples peuvent être cités pour illustrer la positivité de ce régime : la solution du conflit de lois en matière de capacité pour contracter et la solution du conflit de lois en matière de régimes matrimoniaux.

S'agissant de la *capacité de contracter*, les législations étatiques, s'inspirant de la solution dégagée par l'arrêt *Lizardi*, se sont orientées vers l'adoption de rattachements alternatifs.

Cette tendance se retrouve dans le droit de la R.F.A. (art. de l'EGBGB), de la Grèce (art. 9 du C. civ.), de l'Italie (art. 17 II), du Portugal (art. 28 du C. civ.), de Pologne (art. 10 de la Loi de 1965)<sup>109</sup>.

La capacité des parties au rapport contractuel est soumise soit à la loi nationale, soit à la loi du lieu de conclusion, celle-ci l'emportant sur celle-là chaque fois que l'application de la loi nationale conduirait à l'annulation de la convention alors que la bonne foi de l'une au moins des parties n'est pas mise en cause.

Le choix de la loi applicable se fait, évidemment, en fonction du résultat. Comme dit le Professeur Ferrer-Correia, il s'agit de « concéder une protection adéquate à la bonne foi de l'autre contractant... »<sup>110</sup>.

Pour compléter cette analyse un auteur a soutenu, récemment, qu'il s'agissait là d'un cas d'application de la théorie de l'apparence en droit international privé. En effet, si l'apparence est la croyance légitime d'un sujet de droit en la régularité d'une donnée de fait que se présente à lui comme vraisemblable, alors l'adoption du « *rattachement Lizardi* » ne fait que sauvegarder l'apparence en droit international privé<sup>111</sup>.

S'agissant, maintenant, de la *loi applicable aux régimes matrimoniaux*, la Convention de La Haye du 14 mars 1978 cherchant à vaincre l'opposition, classique, entre les principes de la nationalité et du domicile, a ouvert aux époux un certain nombre d'options (articles 3 et 6) pour sauvegarder la permanence du régime, malgré sa mutabilité<sup>112</sup>.

Au fond, le système adopté par la Convention sert à sauvegarder l'attente légitime des parties en la validité du règlement par eux-mêmes de leurs rapports pécuniaires.

Mais ce n'est pas, seulement, dans les rapports entre les époux qu'il convient de rechercher la protection de la bonne foi des contractants.

La protection de la bonne foi se manifeste surtout dans les rapports des époux avec les tiers. Comme l'a montré Mme Jobard-Bachelhier la solution *Lizardi* trouve son fondement non pas dans l'erreur des parties sur la loi applicable, mais plutôt dans l'erreur sur la règle de conflit applicable en la matière<sup>112 bis</sup>.

La règle posée par l'article 9 de la Convention de La Haye de 1978, se retrouve dans l'article 57 de la loi suisse, dans l'article 11 alinéa 3 de la loi autrichienne et la loi allemande prescrit l'application, par analogie, de l'article 1412 du BGB.

Dans tous ces cas, l'on cherche à protéger le tiers de bonne foi ayant contracté avec un étranger. L'idée qui commande cette solution est celle selon laquelle le tiers qui contracte avec un étranger peut s'attendre à l'application de la loi du domicile de celui-ci, mais il ne peut pas s'attendre à l'application

d'une autre loi, que les parties ont choisie, mais à laquelle le tiers ne pouvait pas légitimement se référer.

Qu'il s'agisse de la capacité de contracter, en général, ou de l'étendue des engagements qu'on peut contracter, en vertu du régime matrimonial, l'adoption de rattachements alternatifs permet de protéger le tiers ayant contracté de bonne foi, soit avec un incapable, soit avec une personne qui n'avait pas le pouvoir de s'engager comme elle l'a fait<sup>113</sup>.

Aussi, pour affiner la conclusion provisoire que nous avons tirée plus haut, nous pourrions dire maintenant, que la règle à rattachements alternatifs contient une pluralité de rattachements disjoints dans un but de protection des faibles et des cocontractants de bonne foi.

Mais une telle définition se révèle inadaptée, car partielle. En effet, les rattachements alternatifs sont, aussi, des instruments de protection du commerce juridique international.

C'est ce dernier rôle des rattachements alternatifs qu'il convient d'illustrer.

## §2. — Les rattachements alternatifs : instruments de protection du commerce juridique

50. — Tous les développements consacrés, jusqu'à maintenant, aux rattachements alternatifs en tant qu'instruments de protection, ont montré que le résultat recherché par l'auteur de la règle est la protection d'une personne : soit parce que cette personne est supposée être faible, soit parce que cette personne est supposée être de bonne foi.

Mais, des rattachements alternatifs peuvent, également, être édictés pour protéger, non pas une personne en particulier, mais le commerce juridique, en raison de la spécificité de certains rapports juridiques lorsqu'ils sont projetés sur le plan international.

Deux domaines peuvent illustrer l'utilisation de rattachements alternatifs pour protéger le commerce juridique international : il s'agit, d'une part, de la forme des actes juridiques, d'autre part, de la reconnaissance des situations acquises à l'étranger.

### I — LES RATTACHEMENTS ALTERNATIFS ET LA FORME DES ACTES JURIDIQUES

51. — S'agissant de la forme des actes juridiques, l'on sait comment la règle *locus regit actum*, pendant longtemps considérée comme un rattachement de principe en matière d'actes, est devenue, peu à peu, une règle facultative<sup>114</sup>.

L'évolution de la jurisprudence a été commandée par un double souci : d'une part, réduire les cas de « dépeçage »<sup>115</sup>, d'autre part, promouvoir le *favor negotii* ou *favor validitatis*<sup>116</sup>.

Aussi, la solution de l'arrêt *Chaplin* ne reste pas isolée. A l'heure actuelle, dans presque toutes les législations nationales, le concours entre la *lex loci actus* et la loi d'autonomie ou la loi qui régit la substance de l'acte peut être constaté dans les législations allemandes (art. EGBGB), tchèque (art. 4 de la Loi de 1963), polonaise (art. 12 de la Loi de 1965), italienne (art. 26 disp. preli. C. civ.), por-

tugaise (art. 36 et 65 C. civ), espagnole (art. 11 disp. prelim.), grecque (art. 11 C. civ.)<sup>117</sup>.

Dans toutes ces législations, les rattachements alternatifs ont été adoptés dans le but de sauver un acte juridique qui risquait l'annulation s'il était régi par une règle à rattachement unique et rigide<sup>118</sup>.

Mais ce ne sont pas seulement les législations nationales qui font recours à des rattachements alternatifs dans ce but. Le droit international privé conventionnel y fait également recours.

En effet, dès 1905, la *Convention de la Haye sur les conflits de lois relatifs aux effets du mariage*, disposait en son article 6 : « Le contrat de mariage est valable quant à la forme s'il a été conclu soit conformément à la loi nationale de chacun des futurs époux au moment de la célébration du mariage, conformément à la loi nationale de chacun des époux ».

La France a dénoncé cette convention dès 1909, mais elle reste en vigueur pour un certain nombre de pays européens.

La Convention de la Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux ne modifie pas les solutions admises en matière de forme<sup>119</sup> et il en va de même pour la *Convention de Rome* sur la loi applicable aux obligations contractuelles<sup>120</sup> et pour la Convention de La Haye du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises<sup>121</sup>.

Mais, l'expression la plus radicale de l'utilisation des rattachements alternatifs pour favoriser le commerce juridique international se trouve dans la Convention de La Haye de 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires<sup>122</sup>.

Cette convention soumet, en effet, la forme du testament alternativement à la loi du lieu où le testateur a disposé, à celle de la nationalité du testateur au moment où il a disposé ou au moment de son décès, à celle de son domicile ou résidence habituelle au moment de son décès et à celle du lieu de situation des immeubles s'il y en a<sup>123</sup>.

Mais, peut-être faut-il distinguer suivant que l'acte juridique en cause est un acte unilatéral ou bilatéral. En effet, s'agissant d'un acte unilatéral, l'on peut présumer que son auteur n'a voulu exprimer qu'une volonté qui soit valable et partant susceptible d'être exécutée.

Tel n'est pas, nécessairement, le cas lorsqu'il s'agit d'un acte bilatéral. En effet, dans ce dernier cas, le concours de volontés ne peut pas faire présumer un intérêt convergent des parties à la validité de l'acte. Le plus souvent, l'on voit une partie invoquer un vice de forme pour faire annuler l'acte.

Aussi, il semble possible de conclure que l'interprétation alternative de la règle *locus regit actum* ne peut pas avoir la même étendue dans un acte unilatéral et dans un acte bilatéral.

Alors que dans un acte unilatéral l'alternative offerte à l'auteur de l'acte peut être corrigée par le juge, dans un acte bilatéral, l'alternative offerte aux parties ne peut pas être corrigée par le juge car, ce dernier est lié par le choix des contractants, qui fait la loi des parties, mais aussi la loi du juge<sup>124</sup>.

C'est surtout, pour faciliter le développement du commerce juridique international que la règle *locus regit actum* a reçu une interprétation facultative, postulant l'existence de rattachements alternatifs.

Mais la forme des actes juridiques n'est pas le seul domaine où les rattachements alternatifs sont édictés dans ce but.

L'analyse du régime juridique des situations acquises à l'étranger nous permettra de confirmer ce fait.

## II — RATTACHEMENTS ALTERNATIFS ET SITUATIONS ACQUISES A L'ÉTRANGER

52. — L'expression « situations acquises à l'étranger » a été utilisée, pour la première fois, par M. Francescakis<sup>125</sup> pour caractériser, ce que M. Gothot appelle, « nouvelle doctrine des droits acquis »<sup>126</sup>.

En effet, la reconnaissance des situations acquises à l'étranger se distingue de la doctrine anglo-américaine des droits acquis (*vested rights*)<sup>127</sup> mais elle se distingue, également, de la doctrine des droits acquis, telle que la concevait Pillet<sup>128</sup>.

Selon Pillet, « pour être régulièrement acquis il est nécessaire qu'ils [les droits] aient été constitués en conformité de la législation compétente et nous savons que par législation compétente il faut entendre celle dont l'application est commandée par le principe de droit international privé en vigueur... la seule formule obligatoire est celle que donne la *lex fori* ; il n'y a donc pas à s'inquiéter de la loi réputée comme telle dans le pays du juge »<sup>129</sup>.

Or, dans la « nouvelle doctrine des droits acquis », la question qui se pose est celle de savoir si l'on peut reconnaître des situations acquises à l'étranger indépendamment de leur conformité aux dispositions de la loi compétente, suivant la règle de conflit du *for*<sup>130</sup>.

Dès 1938, sous l'influence de Meijers, la loi uniforme du Benelux (article 25, alinéa 2, du texte original et article 21, alinéa 2, du texte révisé) a formulé une règle spéciale pour la reconnaissance des situations acquises à l'étranger, dont la teneur est la suivante :

« Lorsqu'un rapport juridique est né ou s'est éteint hors des Pays-Bas/de Belgique/du Luxembourg, conformément à la loi applicable suivant le droit international privé des pays que ce rapport juridique concernait essentiellement au moment de sa naissance ou de son extinction, cette naissance ou cette extinction sont également reconnues aux Pays-Bas/en Belgique/au Luxembourg, même par dérogation à la loi applicable en vertu des dispositions de la présente loi »<sup>131</sup>.

Le Comité français de Droit International Privé, a adopté une formulation semblable, en remplacement de celle utilisée par l'article 53 du projet Niboyet. En effet, l'article 53 dispose : « A moins que la loi française ne fût compétente, toute situation juridique créée à l'étranger en vertu d'une loi qui se reconnaissait compétente produit ses effets en France »<sup>132</sup>.

C'est, également, la solution adoptée *en matière d'exequatur* par l'article XX, alinéa 2, du projet Batiffol de 1959.

L'article 8, alinéa 3, du *Restatement Second*, des Etats-Unis, dispose :

« When the State of the forum has no substantial relationship to the particular issue or the parties and the courts of all interested States would concur

in selecting the local law rule applicable to this issue, the forum will usually apply this rule ».

Une disposition de ce genre rapproche la doctrine de la reconnaissance des situations acquises à l'étranger, de la théorie générale du renvoi<sup>133</sup>. Mais, une telle disposition ne règle pas le cas où la situation de fait est conforme au droit d'un seul des pays avec lesquels elle avait des liens<sup>134</sup>.

Aussi, la doctrine française a essayé de prendre en considération ce fait, pour énoncer les principes sur lesquels le juge doit se fonder pour reconnaître ou non les situations acquises à l'étranger<sup>135</sup>.

Selon M. Jacques Foyer, l'un des avant-projets français comportait une disposition, ainsi libellée :

« Toute situation juridique née dans un Etat étranger conformément à la loi de cet Etat, alors qu'elle ne présentait aucun lien avec la France est reconnue en France même si elle a été acquise contrairement aux règles françaises de droit international privé ».

Cette disposition n'a, toutefois, pas été adoptée<sup>136</sup>.

Sous l'influence du professeur Ferrer-Correia<sup>137</sup> le législateur portugais a adopté cette idée dans l'article 31 du Code civil, dont la teneur est la suivante :

« La loi personnelle de l'individu est celle de sa nationalité ».

« Sont néanmoins valables au Portugal des actes juridiques passés dans les pays de la résidence habituelle conformément à la loi de ce pays, si celle-ci se considère compétente ».

Il convient de remarquer que selon M. Ferrer-Correia ce texte peut s'appliquer à tout acte juridique passé en conformité avec la loi désignée par le droit international privé de l'Etat national, même en dehors des cas de renvoi consacrés par le Code civil portugais, alors que le chapitre dans lequel il s'insère n'est relatif qu'au statut personnel<sup>138</sup>.

Ce même auteur justifie l'adoption d'une telle règle par le fait suivant : « ... *Ce qui importe est de prendre en considération diverses options quant au problème de la loi applicable aux situations juridiques en question ; c'est d'opter ici pour un système de rattachement multiple alternatif, l'alternative étant résolue en faveur de celle des lois ainsi désignées sous l'empire de laquelle des faits entraînant naissance ou extinction du rapport de droit se sont valablement réalisés... L'alternative ne devrait se résoudre en faveur de la loi indiquée par la norme complémentaire qu'au cas où il résulterait de cette loi la validité ou l'efficacité... de l'acte en cause...* »<sup>139</sup>.

La législation portugaise relative à la reconnaissance des situations acquises à l'étranger, même si elle semble la plus libérale au regard des codifications récentes, n'est pas exceptionnelle.

En effet, M. Von Overbeck fait remarquer que la « clause d'exception » du projet suisse devrait permettre la reconnaissance de beaucoup de situations acquises à l'étranger<sup>140</sup>.

Ce même auteur, remarque, en outre, que par la voie de la réglementation des questions particulières par l'édition de règles spéciales, le projet suisse aboutit au même résultat que celui auquel conduit le système portugais<sup>141</sup>.

Ainsi, selon l'article 38 de la loi suisse, le changement de nom survenu à l'étranger est reconnu en Suisse s'il est valable dans l'Etat du domicile ou dans celui de la nationalité de l'intéressé.

De même, selon l'article 45 de la même loi, le mariage célébré à l'étranger est reconnu en Suisse s'il est considéré comme valable dans l'Etat de la célébration, ou dans l'Etat du domicile ou dans l'Etat national de l'un des époux.

Enfin, selon l'article 73 de la loi suisse, la reconnaissance d'un enfant intervenue à l'étranger est reconnue en Suisse lorsqu'elle est valable dans l'Etat du domicile ou de la résidence habituelle ou dans l'Etat national de l'enfant ou de l'un de ses parents.

L'idée du professeur Ferrer-Correia, selon laquelle, la reconnaissance des situations acquises à l'étranger implique l'adoption de règles à option dans un but de *favor negotii* ou *favor validitatis* se trouve donc confirmée.

En effet, comme le relève M. Von Overbeck les dispositions du projet suisse qui viennent d'être citées englobent dans le mot « valable » « ... aussi bien les actes intervenus dans un Etat désigné par la règle de reconnaissance que des actes simplement reconnus dans un de ces Etats »<sup>142</sup>.

53. — Il semble, maintenant, possible d'esquisser une définition provisoire de la notion de règle à rattachements alternatifs.

En effet, au fur et à mesure que la finalité de ce type de règles apparaissait plus clairement, nous avons pu constater que la disjonction des rattachements en alternative n'avait d'autre but que de servir la finalité que l'auteur de la règle avait prescrite.

L'idée générale qui se dégage est que le résultat recherché par l'auteur de la règle dont on prescrit l'application alternative, est la protection soit d'une personne soit, plus généralement, du commerce juridique.

Aussi, l'on peut dire que la règle à rattachements alternatifs est celle qui contient une pluralité de rattachements disjoints, dans un but de protection soit d'une personne, soit du commerce juridique.

Et, c'est justement par ce que les rattachements sont disjoints que la règle alternative se distingue de la règle cumulative. En effet, la règle cumulative comporte, elle aussi, une pluralité de rattachements car ici, également, le choix de la loi se fait en fonction du résultat.

C'est, seulement, parce que le résultat recherché par la règle alternative n'est pas le même que celui recherché par la règle cumulative que le choix de la loi se fait par « disjonction des rattachements » dans le premier type de règles et par « conjonction des rattachements » dans le second<sup>143</sup>.

54. — L'on comprendra, ainsi, que la notion de règle alternative telle qu'elle est énoncée par M. Francescakis s'adapte difficilement à la réalité telle que nous venons d'exposer. En effet, selon cet éminent auteur la règle « ... est *alternative* lorsqu'elle prescrit de ne prendre en considération un rattachement qu'à défaut, en l'espèce, d'un autre. Elle établit, en somme, dans ce cas, une hiérarchie des rattachements »<sup>144</sup>.

L'auteur se réfère certainement au *critère d'application* de la règle et non au *critère du choix* de la norme. Or, il faut choisir avant d'appliquer. Et dans ce cas il se peut que les rattachements en concours prévoient des effets équiva-

lents. Laquelle des lois indiquées faut-il préférer ? D'ailleurs est-il certain que dans les règles alternatives les rattachements sont hiérarchisés ? Peut-on établir une hiérarchie entre les rattachements de l'article 311-18 du Code civil français ou entre ceux de l'article premier de la Convention de la Haye sur la forme des dispositions testamentaires ?<sup>145</sup>

L'énoncé de ces questions suffit à percevoir toute la complexité de la structure du système alternatif. En effet, le degré de substantialité de la règle est étroitement lié à sa structure. C'est ce qu'on cherchera à démontrer dans une seconde section.

## Section II

### **Les modalités de résultat en fonction de la finalité matérielle de la règle**

55. — Dire que la règle à rattachements alternatifs est une règle de protection ne suffit pas pour expliquer la complexité de sa structure. C'est que la substantialité de la norme est fonction du type de structure dont elle est dotée.

Aussi, l'on cherchera à démontrer dans un premier paragraphe que le degré de substantialité de la règle dépend de sa structure externe (§1). Mais ce premier constat n'épuisera pas la question car, le degré de substantialité dépend également de la position des rattachements ainsi qu'il sera démontré dans un deuxième paragraphe (§2). Enfin, un troisième paragraphe nous permettra de constater que le degré de substantialité dépend, aussi, du degré de localisation des rattachements utilisés (§3).

#### **§ 1. — Le degré de substantialité dépend de la structure externe de la règle**

56. — La règle à rattachements alternatifs étant, en même temps, une règle de protection et une règle de rattachement, c'est le caractère unilatéral ou bilatéral de ce dernier qui donne la mesure de la volonté de protection exprimée par l'auteur de la règle.

Il est, en effet, certain que la volonté de protection exprimée par l'auteur d'une *règle unilatérale à rattachements alternatifs* et celle exprimée par une *règle bilatérale à rattachements alternatifs* n'ont pas la même portée.

Il convient par conséquent, de distinguer les règles unilatérales à rattachements alternatifs (A), des règles bilatérales à rattachements alternatifs (B).

#### ***A — Règles unilatérales à rattachements alternatifs***

57. — Les liens qui unissent l'unilatéralisme aux règles de rattachement à caractère substantiel, en général, et aux règles à rattachements alternatifs, en particulier, ne semblent plus être à démontrer<sup>146</sup>.

Le phénomène est connu de longue date. Ainsi, Lewald citait comme exemple de règle unilatérale à rattachements alternatifs, l'article 8 de la loi d'introduction au Code civil allemand, dont la teneur était la suivante : « Un étranger peut être interdit en Allemagne, conformément aux lois allemandes, s'il



a en Allemagne son domicile, ou, à défaut de domicile, sa résidence ». Et cet auteur, après avoir souligné sa désapprobation de cette règle, concluait : « ... *Elle est strictement unilatérale, c'est-à-dire qu'elle se borne à délimiter le champ d'application du droit allemand en matière d'interdiction...* »<sup>147</sup>.

Et les règles à rattachements alternatifs de caractère unilatéral, peuvent être trouvées dans d'autres législations, dans des codifications relativement récentes : ainsi, l'article 16 de la loi française du 18 juin 1966, sur l'affrètement et le transport maritime, dispose : « Le présent titre (relatif au contrat de transport) est applicable aux transports effectués au départ ou à destination d'un port français ».

Le professeur F. Rigaux cite, également, l'article 3, § 3 de la loi belge du 9 juillet 1975, relative au contrôle des entreprises d'assurance. En effet, ce texte, de facture unilatérale, soumet à l'agrément de l'autorité administrative l'aptitude à souscrire des contrats d'assurance sur le territoire belge ou à conclure, à l'étranger, des « contrats concernant un bien, une personne ou une responsabilité localisés en Belgique »<sup>148</sup>.

Il est par conséquent surprenant que M. Patocchi ait pu conclure que, dans la perspective unilatéraliste « ... il n'y a pas de place pour des rattachements à caractère substantiel, et cette conclusion semble bien résumer la position de la doctrine unilatéraliste contemporaine »<sup>149</sup>, alors que les exemples que nous venons de citer démontrent le contraire.

Aussi, après avoir constaté l'existence du phénomène, il convient d'en rechercher une explication rationnelle. Pour y parvenir on recherchera, la nature véritable de ce type de règles (a), et l'on recherchera ensuite, leur véritable fondement (b).

#### *a) Nature des règles unilatérales à rattachements alternatifs*

58. — Lorsqu'on recherche la nature véritable des règles unilatérales à rattachements alternatifs, la question qui se pose est celle de savoir si elles peuvent encore être considérées comme de véritables règles de conflit<sup>150</sup>.

Pour répondre à la question ainsi posée il convient de se placer, tout d'abord au plan de la théorie générale des règles de droit, et ensuite, sur le plan de la méthode de réglementation du droit international privé.

59. — Il est de principe que le processus suivi dans l'application de la règle de conflit des lois en droit international privé, consiste à soumettre la question à réglementer à une loi définie par un élément de rattachement. L'on dit généralement que la règle de conflit de lois est une règle de localisation de l'espèce. Il y a toutefois, d'autres règles qui donnent directement la solution à l'espèce réglementée, répondant ainsi aux impératifs de certaines situations internationales, auxquelles le droit matériel interne n'apporte pas une solution satisfaisante<sup>151</sup>.

L'on distingue alors la règle de conflit de lois de la règle substantielle, ou règle matérielle<sup>152</sup>. Et les règles unilatérales à rattachements alternatifs ne sont pas des règles de conflit car, comme le remarque le professeur Rigaux,

quand une règle unilatérale utilise des éléments de rattachement alternatifs, elle ne peut plus recevoir une interprétation bilatérale<sup>153</sup>.

Or, les règles unilatérales à rattachements alternatifs se rapprochent, à la fois des règles de droit international privé matériel, et des règles d'application immédiate. Elles procèdent par voie de délimitation particulière du champ d'application dans l'espace d'une règle ou d'un ensemble de règles de droit matériel. Ce type de règles bouleverse, par conséquent, la méthode traditionnelle de réglementation du droit international privé.

60. — Ainsi, l'article 16 de la loi française du 18 juin 1966, sur l'affrètement et le transport maritime, en disposant que ce texte *est applicable* « ... aux transports effectués au départ ou à destination d'un port français », prend une structure unilatérale insusceptible de bilatéralisation, dans la mesure où, en incluant dans sa prévision tous les rattachements possibles, il exprime la volonté de s'appliquer à toutes les situations qui rentrent dans son champ d'application. Il devient par là-même une loi d'application immédiate<sup>154</sup>.

Et la nature matérielle ou substantielle de la règle unilatérale à rattachements alternatifs peut s'accroître, lorsque la règle de droit international privé, ne se borne pas à délimiter son champ d'application dans l'espace, mais le conjugue avec les dispositions régissant le fonctionnement d'autorités administratives, ou judiciaires. Tel est le cas de la loi belge du 9 juillet 1975, relative au contrôle des entreprises d'assurance, qui assujettit à l'agrément de l'autorité administrative compétente l'aptitude à souscrire des contrats d'assurance, sur le territoire belge ou à conclure, à l'étranger, des contrats « ... concernant un bien, une personne ou une responsabilité localisés en Belgique ».

Cette règle n'est plus une règle de conflit, mais une véritable loi de police, dans la mesure où il y a à la fois limitation de la loi d'autonomie, et liaison entre les règles de conflit d'autorités et les règles de conflit de lois<sup>155</sup>.

Ainsi, l'on peut dire que là où les règles unilatérales à rattachements alternatifs s'appliquent, les règles de conflit de lois ne peuvent pas s'appliquer. Et c'est le caractère matériel et spécial de la règle à rattachements alternatifs, qui exclut toute application de la règle de conflit bilatérale. L'on peut même dire, en paraphrasant le professeur Rigaux, que l'application des règles unilatérales à rattachements alternatifs dérange le fonctionnement d'un système fondé sur des règles de conflit.

Il convient par conséquent de savoir pourquoi on édicte, dans ces conditions, des règles unilatérales à rattachements alternatifs. Quel est le fondement de ces règles de rattachement dont le fonctionnement évince la mise en œuvre des règles de conflit classiques ?

C'est à cette question qu'il convient maintenant de répondre.

#### *b) Fondement des règles unilatérales à rattachements alternatifs*

61. — Pour rechercher le fondement des règles unilatérales à rattachements alternatifs, il convient de se rappeler que les règles à rattachements alternatifs sont des règles édictées dans un but de protection. Ce sont, par conséquent,

des instruments mis au service d'une politique législative de droit matériel, conformément aux objectifs du droit du for.

Or, les règles unilatérales, ce sont des dispositions qui apportent aux règles de conflit bilatérales une exception, qui doit être accomplie de manière exclusivement unilatérale.

Si l'on conjugue la structure alternative de la règle et sa structure unilatérale, l'on est conduit à conclure, que la règle unilatérale à rattachements alternatifs est, généralement, édictée dans un but de protection renforcée, dans la mesure où l'auteur de la règle ne se borne pas à délimiter le domaine d'application de celle-ci dans l'espace, mais qu'il élargit ce même domaine d'application, soit en multipliant les rattachements pour ne laisser qu'une place réduite à l'intervention d'une loi étrangère, soit en y ajoutant une règle de conflit d'autorités.

La règle de l'article 16 de la loi du 18 juin 1966, sur l'affrètement maritime correspond au premier cas et la règle de l'article 3, §3, de la loi belge du 9 juillet 1975, relative au contrôle des entreprises d'assurance, correspond au second cas.

Dans un cas comme dans l'autre, on retrouve cette volonté de protection renforcée<sup>156</sup>. Et cette volonté de protection se traduit par la volonté d'élargir le domaine d'application de la loi du for. Voilà le fondement de l'édition de règles unilatérales à rattachements alternatifs.

Cet aspect de la question avait déjà été entrevu par Lewald qui, commentant l'article 8 de la loi d'introduction au Code civil allemand, remarquait que : « ... C'est le désir d'élargir le champ d'application de la loi interne, c'est le *favor legis domesticae*, qui se trouve à la base d'une disposition semblable de droit international privé »<sup>157</sup>.

S'agissant de l'article 16 de la loi du 18 juin 1966, sur l'affrètement, dont on a relevé que l'adoption d'un rattachement unilatéral alternatif est due au désir de faire bénéficier les entreprises françaises, des dispositions substantielles particulièrement protectrices du droit français<sup>158</sup>, le professeur Pierre Mayer remarque que lorsque les conditions qu'il prévoit sont remplies « ... on doit donc appliquer non seulement les dispositions de la loi de 1966 qui protègent le chargeur ou le destinataire, mais encore les dispositions de la loi qui seraient en l'espèce moins protectrices que celles de la loi d'autonomie et aussi les dispositions françaises relatives au régime général des contrats et non comprises formellement dans la loi de 1966 »<sup>159</sup>.

C'est là, l'une des conséquences de la volonté d'élargir le champ d'application de la loi du for. Dès lors qu'aucun aspect de la question à régler ne peut échapper à l'emprise de la loi du for, toutes les dispositions matérielles que cette dernière contient, doivent nécessairement recevoir application.

La question ne se pose toutefois pas dans les mêmes termes s'agissant d'une règle bilatérale à rattachements alternatifs.

## **B — Règles bilatérales à rattachements alternatifs**

62. — S'agissant des règles bilatérales à rattachements alternatifs, il convient de remarquer que le degré de substantialité de la règle peut varier en fonction

de son degré de bilatéralité. Tel est, par exemple, le cas de l'article 5 de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

A vrai dire, ce texte, ainsi que celui de l'article 6 de la Convention et autres dispositions semblables du droit international privé de la RFA, de la Suisse et de l'Autriche doivent être analysés d'abord, quant à leur nature véritable (a) pour rechercher, ensuite, leur fondement (b).

a) *Nature des règles bilatérales à rattachements alternatifs*

63. — Pour déterminer la nature des règles bilatérales à rattachements alternatifs, il faut tenir compte de leur degré de bilatéralité.

Il est vrai qu'il y a une différence de nature entre la règle de l'article 311-18 du Code civil français par exemple, et celle posée par les articles 5 et 6 de la Convention de Rome, ou celle du §12 de la loi allemande du 9 décembre 1976 sur les conditions générales des contrats <sup>160</sup>, dont la teneur est la suivante : « Lorsqu'un contrat est soumis à un droit étranger ou au droit de la R.D.A., il doit cependant tenir compte des prescriptions de la présente loi si... » (suit l'énumération des liens nécessaires avec le territoire allemand).

Selon M. Patocchi, ce dernier texte est une règle unilatérale : « ... Il s'agit ainsi d'une sorte particulière de règle unilatérale, qu'il n'importe pas de qualifier dans ce contexte. Nier son caractère de règle unilatérale paraît toutefois contestable... »<sup>161</sup>.

Il est toutefois, plus correct d'y voir une *règle imparfaitement bilatérale*, dans la mesure où cette règle n'exclut pas complètement le jeu de la loi d'autonomie<sup>162</sup>.

Et pour bien marquer la différence entre une règle imparfaitement bilatérale et une règle exclusivement unilatérale, il convient de se référer au professeur P. Mayer, qui compare le texte du §12 des conditions générales d'affaires à l'article 16 de la loi française du 18 juin 1966 sur l'affrètement, en relevant que : « Dans chaque cas, il faut se demander si l'ensemble du régime des contrats visés par la loi est soumis aux dispositions de l'ordre juridique auquel elle appartient, ou si seules les dispositions figurant dans l'instrument législatif sont rendues applicables... »<sup>163</sup>.

Et l'auteur conclut : « ... La réponse est différente selon qu'il s'agit de la loi allemande, ou de la loi française. La première, qui concerne tous les contrats pouvant lier professionnels et consommateurs, contient seulement une série de dispositions destinées à protéger ceux-ci contre ceux-là, notamment une énumération de clauses illicites. Il faut en conclure que la loi allemande, est un ensemble de lois de police dérogeant éventuellement à la compétence de la *lex contractus*, celle-ci étant maintenue en principe pour ce qui concerne les conditions de validité, et les effets des contrats ; et si la loi d'autonomie pose une exigence en vue de la protection du consommateur, elle doit être respectée même si la loi allemande ne l'a pas prévu... »<sup>164</sup>.

Le caractère imparfaitement bilatéral de la règle ne fait, donc, aucun doute. Mais il est tout aussi vrai que le degré de substantialité est différent, s'agissant d'une règle unilatérale à rattachements alternatifs, ou d'une règle alternative

imparfaitement bilatérale. Il faut aussi remarquer que cette même différence dans le degré de substantialité existe entre la règle imparfaitement bilatérale à rattachements alternatifs et les règles parfaitement bilatérales du même type.

En principe, le degré de substantialité de la règle correspond au degré de protection accordé par son auteur. Plus cette volonté de protection est grande, et moins la règle est bilatérale. Moins la règle est bilatérale plus elle se rapproche des règles substantielles.

Aussi, il ne suffit pas de dire que les règles à rattachements alternatifs sont des règles substantielles. Encore faut-il remarquer que toutes les règles à rattachements alternatifs ne possèdent pas le même degré de substantialité. Celle-ci augmente progressivement, de la règle bilatérale à rattachements alternatifs à la règle imparfaitement bilatérale, et de cette dernière à la règle unilatérale à rattachements alternatifs, qui constitue le *summum* de la volonté de protection exprimée par l'auteur de la règle.

Le moment est donc venu de rechercher le fondement de ce type de règles.

#### *b) Fondement des règles bilatérales à rattachements alternatifs*

64. — Lorsque l'auteur de la règle l'édicte sous la forme bilatérale, son but est, nécessairement, celui de faire triompher les idéaux de politique législative dont la loi du for est porteuse.

Mais il ne s'agit plus, comme pour les règles unilatérales à rattachements alternatifs, d'occuper exclusivement tout le champ d'application de la loi, pour exercer une protection renforcée. Il s'agit ici, seulement de fixer un seuil *minimum* au-delà duquel la loi étrangère ne pourra plus s'appliquer.

C'est la raison pour laquelle certains auteurs comparent les règles à rattachements alternatifs, au mécanisme de l'ordre public<sup>165</sup>. La comparaison est séduisante, mais elle n'est pas convaincante. En effet, il est vrai que lorsque la loi du for est plus libérale que la loi étrangère, la règle alternative aboutit au même résultat que le mécanisme de l'ordre public. Et si la volonté d'application est renforcée, comme dans le cas de la règle imparfaitement bilatérale, la loi étrangère trouve moins de chances d'être appliquée.

Mais la comparaison avec le mécanisme de l'ordre public s'estompe dès lors que la loi étrangère, est plus libérale que la loi du for. La logique du système alternatif implique l'application de la loi étrangère et l'éviction de la loi du for. Or, l'ordre public est un mode d'éviction de la loi étrangère normalement compétente et non pas de la loi du for<sup>166</sup>.

L'on peut donc dire, que le fondement des règles bilatérales à rattachements alternatifs réside dans la recherche d'une solution satisfaisante du conflit de lois, suivant les conceptions du for. Si la loi du for permet mieux que la loi étrangère, de donner une solution satisfaisante à l'affaire, celle-là l'emporte sur celle-ci. Si, au contraire, c'est la loi étrangère qui permet un meilleur accomplissement de la politique législative du for, la loi étrangère doit s'appliquer pour permettre la réalisation de cette politique.

C'est ce qui est exprimé dans un jugement du Tribunal civil de Bruxelles : « Lorsqu'une disposition de la loi étrangère heurte un principe fondamental

de notre droit, mais qu'il existe dans notre droit positif lui-même des exceptions à ce principe fondamental, le juge belge ne peut écarter l'application de la règle étrangère pour raison d'ordre public international »<sup>167</sup>.

Le lien qui unit les règles à rattachements alternatifs au mécanisme de l'ordre public, n'est donc pas un lien indissoluble et l'explication que l'on doit donner de l'existence de ces règles doit être plutôt recherchée dans la volonté de l'auteur de la règle que dans son *modus operandi*<sup>168</sup>.

En conclusion, la démonstration semble, donc avoir été faite, que la structure des règles à rattachements alternatifs est commandée par des éléments structurels qui lui sont extrinsèques. Tout d'abord, l'application alternative dépend de la volonté de son auteur et elle ne peut pas avoir lieu contre la volonté de l'auteur de la règle. Ensuite, le caractère substantiel de la règle à rattachements alternatifs est intimement lié à la structure externe de la règle. Lorsque son auteur souhaite élargir la protection sans laisser aucune place à la loi étrangère, il adopte une règle unilatérale à rattachements alternatifs. Lorsqu'il veut seulement promouvoir un idéal, il édicte une règle bilatérale à rattachements alternatifs. La règle sera imparfaitement bilatérale si son auteur veut garantir une protection particulière, et elle sera parfaitement bilatérale, si la garantie s'étend à tous les cas des rapports internationaux visés par la règle.

Cette gradation de la substantialité de la règle en fonction des objectifs poursuivis par son auteur, se retrouve également lorsqu'on analyse la position des rattachements.

C'est ce qu'il convient de démontrer dans un paragraphe deuxième.

## §2. — Le degré de substantialité dépend de la position respective des rattachements.

65. — Les règles à rattachements alternatifs, telles que celles des articles 311-16, 311-17 et 311-18 du Code civil ou celles posées par les conventions de La Haye pour régir les conflits de lois en matière de pensions alimentaires, sont toutes des règles de rattachement « *optatif* », selon l'expression d'Arminjon<sup>169</sup>.

C'est dire que conformément aux principes de logique, ces règles impliquent l'*exercice d'une option* entre les rattachements.

La controverse entre les auteurs ne porte que sur les *modalités de l'exercice de l'option*. Ainsi, selon le professeur Francescakis, la règle de conflit alternative, « ... établit... une hiérarchie des rattachements... »<sup>170</sup>, alors que le professeur Vitta soutient qu'en cas de concours alternatif « ... il n'y a pas un rattachement principal ni d'autres subsidiaires établis d'après un certain ordre, mais tous les rattachements sont sur le même plan... »<sup>171</sup>.

Mais la controverse n'est que le fruit d'un malentendu résultant du fait que l'un et l'autre de ces auteurs n'a pas observé le même *type d'échantillon*. Or, les types de règles à rattachements alternatifs existants correspondent exactement à la définition qu'en donnent l'un et l'autre de ces auteurs. Et l'on peut conclure que l'un et l'autre ont raison, mais partiellement. Pourquoi ?

Parce que, en logique, on distingue la *disjonction exclusive*, de la *disjonction non exclusive*. Dans le premier cas, l'une des branches de l'option exclut

l'autre, alors que dans le second cas les branches de l'option ne s'excluent pas, nécessairement<sup>172</sup>.

Ainsi, lorsque la règle à rattachements alternatifs établit une hiérarchie entre les rattachements, la disjonction est exclusive, en ce sens qu'il faut respecter l'ordre des rattachements. Par contre, lorsque la règle n'établit pas une hiérarchie entre les rattachements la disjonction est, en principe, non exclusive. Dans le premier cas, la règle se caractérise par la rigidité des rattachements. Dans le second cas, la règle se caractérise par sa souplesse.

Or, la disjonction des rattachements implique, tout d'abord, que l'affaire soit rattachée à chacune des lois en concours. Ce n'est qu'après cette première phase qu'on peut opter pour le rattachement opératoire. Et l'exercice de l'option ne se fait pas suivant un modèle unique. Lorsque la règle prévoit plusieurs rattachements mis sur un pied d'égalité, comme les articles 311-16, alinéa 1, et 311-17 du Code civil français, l'auteur de la règle se fonde sur la *souplesse* de cette dernière pour mieux réaliser le but de politique législative souhaité par lui. Quand au contraire, l'auteur de la règle établit une hiérarchie entre les rattachements, comme dans la Convention de la Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, c'est sur la *rigidité* de la règle, que l'auteur se fonde pour réaliser le but de politique législative souhaité.

L'on peut, par conséquent, conclure, en se fondant sur les *modalités de l'exercice de l'option*, qu'il y a deux types de règles à rattachements alternatifs : les *règles à rattachements alternatifs souples* et *règles à rattachements alternatifs rigides*. Quel que soit le titulaire de l'option, cette dernière ne peut s'exercer que suivant l'une ou l'autre de ces deux modalités. Ainsi le veut la logique du système.

C'est à l'illustration de ces deux types de règles qu'il convient maintenant de s'attacher. L'on étudiera, tout d'abord, les règles à rattachements alternatifs non hiérarchisés (I) et l'on étudiera ensuite, les règles à rattachements alternatifs hiérarchisés (II).

#### I — RÈGLES A RATTACHEMENTS ALTERNATIFS NON HIÉRARCHISÉS

66. — Lorsque le législateur utilise la technique des rattachements alternatifs, il ne crée pas, toujours, entre les rattachements une hiérarchie. Et cette absence de hiérarchie implique une équivalence des rattachements (A), même si la souplesse de la règle ne s'exprime pas toujours du même mode (B).

##### A — L'équivalence des rattachements

Les règles à rattachements alternatifs non hiérarchisés se caractérisent par l'équivalence des rattachements, comme il sera démontré (a). Et cette équivalence se traduit par l'indifférence au choix du rattachement opératoire (b).

*a) Illustration de l'équivalence des rattachements*

67. — Les rattachements alternatifs peuvent être dits équivalents lorsque l'un vaut l'autre, c'est-à-dire, chaque fois que l'auteur de la règle cherche à protéger ou à favoriser une partie ou un rapport de droit, sans se référer, ni implicitement, ni explicitement à un rattachement principal.

On trouve des exemples illustrant cette pratique dans les articles 311-16, alinéa 1, et 311-17 du Code civil français, dans l'article 1 de la Convention de la Haye sur les conflits des lois en matière de forme des dispositions testamentaires, dans l'article 24 de la LRDC suisse, dans l'article 28, alinéa 3, de la loi yougoslave, dans l'article 21 de la loi autrichienne.

Dans tous ces cas il convient de constater l'équivalence des rattachements. Le titulaire de l'option peut exercer cette dernière sans se référer à un rattachement principal. L'équivalence des rattachements conduit à l'indifférence au choix de rattachement opératoire car l'auteur de la règle ne se soucie que du résultat obtenu.

*b) L'indifférence au choix du rattachement opératoire*

68. — Lorsqu'il y a pluralité de rattachements avec indication d'application alternative, la question se pose de savoir comment sélectionner le rattachement opératoire. Ainsi, l'article 311-17 du Code civil français en disposant que la reconnaissance peut être validée dès lors qu'elle a été faite en conformité soit de la loi personnelle de l'auteur, soit de celle de l'enfant, place au même plan les deux rattachements qu'il contient. Comment, dès lors, sélectionner le rattachement opératoire ? La même question se pose pour l'article 311-16, alinéa 1, du même code.

En l'absence de toute hiérarchie, il convient de conclure que le titulaire de l'option peut exercer cette dernière, indifféremment, en faveur de l'une ou de l'autre lois impliquées par les rattachements.

En dernière analyse, l'auteur de la règle se soucie peu de cette question car, en édictant une règle à rattachements alternatifs il fait passer au second plan le rôle de la règle de conflit, en tant que mode de désignation de l'ordre juridique auquel l'affaire est rattachée. C'est la finalité de la règle qui l'emporte : ce qui compte, c'est le résultat.

Et si les règles matérielles issues d'ordres juridiques différents produisent les mêmes effets juridiques en partant des mêmes conditions, n'est-ce pas indifférent d'appliquer l'une plutôt que l'autre ?

La jurisprudence des Pays-Bas a répondu par l'affirmative à cette question, comme le fait la jurisprudence des Etats-Unis d'Amérique<sup>173</sup>. Cette orientation de la jurisprudence a été stigmatisée par M. Jessurun d'Oliveira<sup>174</sup> et les professeurs Batiffol et Lagarde en ont dénoncé les dangers<sup>175</sup>, en analysant les nouvelles dispositions relatives au conflit de lois en matière d'établissement de la filiation, insérées dans le Code civil français.

Mais cette indifférence au choix du rattachement opératoire n'est que théorique, car l'équivalence des rattachements est constatée dans *la phase du rat-*



*tachement* mais elle ne se retrouve plus, nécessairement, dans la phase de sélection du rattachement opératoire.

C'est là une des conséquences du fait que la sélection du rattachement opératoire se fait en fonction du résultat escompté. Cette éventuelle divergence entre le rattachement théorique et le rattachement pratique que l'on peut observer lorsqu'on passe de la phase de rattachement à la phase de sélection du rattachement, sera mise en relief lors de l'étude du « fonctionnement du système alternatif ».

Pour l'heure il nous semble suffisant de montrer que les règles à rattachements alternatifs non hiérarchisés ne se présentent pas toujours sous la même forme. Il y a *différents types* de règles à rattachements alternatifs non hiérarchisés.

#### *B — Différents types de règles à rattachements alternatifs non hiérarchisés*

69. — Lorsqu'on observe les règles à rattachements alternatifs non hiérarchisés, on constate qu'elles ne sont pas toujours formulées du même mode. Ainsi, par exemple, alors que l'article 2083 du nouveau Code civil du Pérou dispose que : « *La filiation légitime est soumise à la loi plus favorable à la légitimité, d'entre celle de la célébration du mariage ou celle du domicile conjugal à l'époque de la naissance de l'enfant* », l'article 311-16 du Code civil français dispose que : « *Le mariage emporte légitimation lorsque, au jour où l'union a été célébrée, cette conséquence est admise, soit par la loi régissant les effets du mariage, soit par la loi personnelle de l'un des époux, soit par la loi personnelle de l'enfant* ».

Dans un cas, comme dans l'autre, la volonté de l'auteur de la règle d'en prescrire l'application alternative ne fait aucun doute. Mais les règles ne sont pas formulées du même mode : dans le premier cas, l'auteur de la règle se réfère à un *rattachement général indéterminé* : *la loi la plus favorable*, alors que dans le second, l'auteur de la règle se réfère uniquement à des *rattachements déterminés*.

L'on peut, par conséquent, dire qu'il y a deux types différents de règles à rattachements alternatifs non hiérarchisés : les règles à rattachements indéterminés (a) et les règles à rattachements déterminés (b).

##### *a) Règles à rattachements indéterminés*

70. — Les règles à rattachements indéterminés peuvent avoir deux formes d'expression différentes, selon la volonté de l'auteur de la règle. L'on sait, en effet, que ce dernier peut prescrire, implicitement, l'application alternative d'une règle par simple adoption d'un *rattachement flou*.

Ainsi, pour prescrire l'application alternative de la règle, l'auteur de la règle peut se référer à la « *loi la plus favorable* », ou à la « *better law* ». Mais il faut remarquer que l'indétermination ne porte pas toujours sur le même objet : parfois l'indétermination est relative à l'étendue de l'option alors que, d'autres fois, l'indétermination est relative à la titularité de l'option.

71. — Un auteur a relevé, « ... la tranquille audace avec laquelle les législateurs mettent en balance les lois applicables »<sup>176</sup>. De fait, la question se pose de savoir comment déterminer la loi la plus favorable lorsque l'étendue de l'option est très vaste et les lois en concours ne divergent que sur les points de détail. L'article 21 de la loi autrichienne procède, à une limitation de l'étendue de l'option. Ce texte dispose : « La filiation légitime est régie en principe par la loi personnelle commune des époux au moment de la naissance de l'enfant ou, si le mariage a été précédemment dissous, au moment de cette dissolution. Toutefois, il y a lieu de choisir parmi les lois nationales celle qui est la plus favorable à la légitimité de l'enfant, à défaut de nationalité commune des époux ».

Cette détermination de l'étendue de l'option lorsque l'auteur de la règle se réfère à la « loi la plus favorable », a tendance à disparaître lorsque référence est faite à la « better law ».

L'on sait, en effet, qu'en matière contractuelle les parties peuvent choisir, même une loi ne présentant aucun lien avec l'affaire et qu'elles peuvent, également, « ... convenir à tout moment de faire régir le contrat par une autre loi que celle qui le régissait auparavant... »<sup>177</sup>.

L'étendue de l'option est, par conséquent, trop vaste. La seule limite à l'indétermination de l'étendue de l'option serait ici, *l'exception de fraude* !

Mais ce n'est pas seulement l'indétermination quant à l'étendue de l'option qui peut faire problème. Il peut y avoir, également, indétermination quant à la titularité de l'option.

72. — Lorsque l'article 2083 du nouveau Code civil du Pérou dispose que : « La filiation légitime est soumise à la loi la plus favorable à la légitimité, d'entre celle de la célébration du mariage vu celle du domicile conjugal à l'époque de la naissance de l'enfant », l'auteur de la règle n'indique pas le titulaire de l'option : est-ce les parties ? Est-ce le juge ?

Cette indétermination du titulaire de l'option n'est, certes, pas l'apanage des règles à rattachements indéterminés. Elle peut se retrouver, également, dans les règles à rattachements déterminés<sup>178</sup>. Mais, il se peut que dans les règles à rattachements indéterminés, l'indétermination du titulaire de l'option se double d'une indétermination de l'étendue de l'option.

L'on peut, certes, se fonder sur une interprétation logique du texte pour déterminer l'auteur de l'option. Mais la solution ne serait qu'approximative dans la mesure où elle ne correspondrait qu'à « l'une des interprétations possibles », conformément à l'expression d'un auteur<sup>179</sup>.

On peut expliquer cette indétermination par le fait que lorsque l'auteur de la règle se réfère à « la loi la plus favorable », à la « meilleure loi » ou « better law », il signifie son intention de protéger, spécialement, le rapport juridique qu'il réglemente vu les parties qui y participent. Dès lors, il serait logique de dire qu'il incombe au juge de déterminer la loi applicable à l'affaire dans la mesure où ce dernier apprécierait, objectivement, les intérêts en jeu.

Mais cet argument se heurte à une objection majeure : peut-on valablement dire que le juge connaît mieux qu'une partie où est l'intérêt de celle-ci ?

Ou, posée en d'autres termes : l'intérêt d'une partie se confond-t-il avec la faveur qu'on lui accorde ?

L'objection est sérieuse et elle se trouve clairement exprimée par le jugement du Tribunal de Grande Instance de Paris du 30 avril 1985<sup>180</sup>. Le tribunal semble dire que l'intérêt de l'enfant ne se confond pas avec la faveur qui lui est accordée par la loi.

C'est, peut-être, pour éviter l'incertitude et l'insécurité juridique que les projets et les codifications récentes, tout en faisant une référence à la « *loi la plus favorable* », déterminent avec beaucoup plus de précision le titulaire de l'option<sup>176</sup>. De fait, la question se pose de savoir comment déterminer la loi la plus favorable lorsque l'étendue de l'option est très vaste et les lois en concours ne divergent que sur les points de détail. L'article 21 de la loi autrichienne procède, à une limitation de l'étendue de l'option. Ce texte dispose : « La filiation légitime est régie en principe par la loi personnelle commune des époux au moment de la naissance de l'enfant ou, si le mariage a été précédemment dissous, au moment de cette dissolution. *Toutefois, il y a lieu de choisir parmi les lois nationales celle qui est la plus favorable à la légitimité de l'enfant, à défaut de nationalité commune des époux* ».

Cette détermination de l'étendue de l'option lorsque l'auteur de la règle se réfère à la « *loi la plus favorable* », a tendance à disparaître lorsque référence est faite à la « *better law* ».

L'on sait, en effet, qu'en matière contractuelle les parties peuvent choisir, même une loi ne présentant aucun lien avec l'affaire et qu'elles peuvent, également, « ... convenir à tout moment de faire régir le contrat par une autre loi que celle qui le régissait auparavant... »<sup>177</sup>.

L'étendue de l'option est, par conséquent, trop vaste. La seule limite à l'indétermination de l'étendue de l'option serait ici, *l'exception de fraude* !

Mais ce n'est pas seulement l'indétermination quant à l'étendue de l'option qui peut faire problème. Il peut y avoir, également, indétermination quant à la titularité de l'option.

72. — Lorsque l'article 2083 du nouveau Code civil du Pérou dispose que : « La filiation légitime est soumise à la loi la plus favorable à la légitimité, d'entre celle de la célébration du mariage vu celle du domicile conjugal à l'époque de la naissance de l'enfant », l'auteur de la règle n'indique pas le titulaire de l'option : est-ce les parties ? Est-ce le juge ?

Cette indétermination du titulaire de l'option n'est, certes, pas l'apanage des règles à rattachements indéterminés. Elle peut se retrouver, également, dans les règles à rattachements déterminés<sup>178</sup>. Mais, il se peut que dans les règles à rattachements indéterminés, l'indétermination du titulaire de l'option se double d'une indétermination de l'étendue de l'option.

L'on peut, certes, se fonder sur une interprétation logique du texte pour déterminer l'auteur de l'option. Mais la solution ne serait qu'approximative dans la mesure où elle ne correspondrait qu'à « l'une des interprétations possibles », conformément à l'expression d'un auteur<sup>179</sup>.

On peut expliquer cette indétermination par le fait que lorsque l'auteur de la règle se réfère à « *la loi la plus favorable* », à la « *meilleure loi* » ou « *better law* », il signifie son intention de protéger, spécialement, le rapport juridique qu'il régit vu les parties qui y participent. Dès lors, il serait logique de dire qu'il incombe au juge de déterminer la loi applicable à l'affaire dans la mesure où ce dernier apprécierait, objectivement, les intérêts en jeu.

Mais cet argument se heurte à une objection majeure : peut-on valablement dire que le juge connaît mieux qu'une partie où est l'intérêt de celle-ci ? Ou, posée en d'autres termes : l'intérêt d'une partie se confond-t-il avec la faveur qu'on lui accorde ?

L'objection est sérieuse et elle se trouve clairement exprimée par le jugement du Tribunal de Grande Instance de Paris du 30 avril 1985<sup>180</sup>. Le tribunal semble dire que l'intérêt de l'enfant ne se confond pas avec la faveur qui lui est accordée par la loi.

C'est, peut-être, pour éviter l'incertitude et l'insécurité juridique que les projets et les codifications récentes, tout en faisant une référence à la « *loi la plus favorable* », déterminent avec beaucoup plus de précision le titulaire de l'option. Tel est, par exemple, le cas des articles 132, 135, 138 et 139 de la loi suisse qui permettent *au lésé* de sélectionner la loi la plus favorable en matière de responsabilité du fait des produits, en matière de responsabilité du fait d'immissions ou en matière de responsabilité pour atteinte à la personnalité.

Au fond, on peut se demander si l'édiction de règles à rattachements indéterminés se justifie encore lorsque l'indétermination ne porte que sur l'étendue de l'option, ou sur la titularité de l'option. Des règles telles que celles de l'article 2083 du nouveau Code civil du Pérou ou celle, de l'article 21 de la loi autrichienne de 1978, se rapprochent des règles à rattachements déterminés, car, la référence à la « *loi la plus favorable* » y prend un caractère superfétatoire, comme il a été déjà démontré<sup>181</sup>.

Ce sont ces règles à rattachements déterminés qui seront étudiées à présent.

#### *b) Règles à rattachements déterminés*

73. — On peut dire, que dans une règle à rattachements alternatifs dans laquelle l'auteur de la norme exprime, de manière explicite, sa volonté d'application optionnelle par l'adoption de rattachements disjoints, *l'étendue de l'option est toujours déterminée*. Tel est, par exemple, le cas des articles 311-16, alinéa 1, et 311-17 du Code civil français.

Mais, cette détermination de l'étendue de l'option peut, également, s'accompagner d'une indétermination quant à la titularité de l'option. Ainsi, selon le professeur Jacques Foyer, « selon une des interprétations possibles des articles 311-16, alinéa 1, et 311-17, c'est le juge qui choisit la loi qui valide la légitimation ou la reconnaissance »<sup>182</sup>.

L'indétermination quant à la titularité de l'option est donc certaine. Et la jurisprudence ne semble pas éclaircir la question. Ainsi, dans un arrêt du 12 novembre 1986, la Cour de cassation énonce : « Aux termes de l'article 311-16 du Code civil, le mariage emporte légitimation lorsque, au jour où

l'union est célébrée, cette conséquence est admise soit par la loi régissant les effets du mariage, soit par la loi personnelle de l'enfant, soit par la loi personnelle des époux. Le juge devant trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables, en vertu de l'article 12, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile, *il appartenait à la Cour*, saisie d'un litige relatif à l'exercice de l'autorité parentale sur un enfant, *de rechercher au besoin d'office si celui-ci n'avait pas été légitimé selon la loi tunisienne*, loi personnelle du père »<sup>183 183 bis</sup>.

Si la tâche du juge est celle de rechercher si l'enfant « *n'avait pas été légitimé selon la loi tunisienne* », n'est-ce pas dire que la loi qui légitime peut être choisie par la partie intéressée, le juge se bornant à entériner ou non ce choix en recherchant si la volonté de l'auteur de la règle a été respectée, en l'espèce ? Et ceci est une conséquence de l'ambiguïté des règles à rattachements alternatifs qui impose, à la fois, le choix de la loi en fonction du résultat, et le choix de la loi par la localisation de l'espèce. *Le juge ne choisit pas la loi* qui légitime, *il constate* seulement *l'existence* ou non *de la légitimation*.

Ainsi, donc, si la détermination quant à l'étendue de l'option est imposée par l'adoption de rattachements disjoints, la détermination quant à la titularité de l'option n'est qu'une faculté pour l'auteur de la norme dans la mesure où la volonté de ce dernier sera ou non réalisée suivant le contrôle plus ou moins étendu du juge.

74. — Ne serait-il pas, dès lors, préférable de déterminer expressément le titulaire de l'option ? C'est, en tout cas, la solution donnée par l'article 311-16, alinéa 2, du Code civil français qui dispose : « La légitimation par autorité de justice est régie, *au choix du requérant*, soit par la loi personnelle de son auteur, soit par la loi personnelle de l'enfant ».

Ici, la détermination quant à l'étendue de l'option se double d'une détermination quant à la titularité de l'option. C'est ce qui se passe également avec l'article 311-18 du même code, qui dispose : « L'action a fins de subsides est régie, *au choix de l'enfant*, soit par la loi de sa résidence habituelle, soit par la loi de la résidence habituelle du débiteur ».

## II — RÈGLES A RATTACHEMENTS ALTERNATIFS HIÉRARCHISÉS

75. — Pour comprendre comment et pourquoi le problème des règles à rattachements alternatifs hiérarchisés se pose il suffit d'observer la formulation de règles telles que celles relatives à la forme des actes, ou encore celles posées par la Convention de la Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires.

Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Pierucci*, la Cour de cassation a déclaré que les dispositions de la loi française étaient « ... applicables à tout contrat passé en France lorsque n'est pas établie la volonté des parties de soumettre la forme de leur contrat à la loi qui régit au fond celui-ci ou à leur loi nationale »<sup>184</sup>. La Cour de cassation accorde ici un rôle important à la volonté des parties et établit une hiérarchie entre les rattachements.

S'agissant, maintenant, de la Convention de la Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires, les auteurs de la règle ont établi une hiérarchie entre les rattachements contenus dans les articles 4 (*résidence habituelle du créancier*), 5 (*loi nationale commune*) et 6 (*loi interne de l'autorité saisie*), sans se référer à la volonté des parties.

C'est dire que la *hiérarchisation des rattachements* ne s'effectue pas suivant le même critère, dans les deux types de règles que nous venons de citer. Mais, on peut constater, en outre, que les deux règles à rattachements alternatifs ne suivent pas le même modèle de construction. Il en résulte qu'il convient d'étudier, d'une part, les *critères de hiérarchisation des rattachements* (A) et d'autre part, les *modèles de hiérarchisation des rattachements* (B).

#### A — Critères de hiérarchisation des rattachements

76. — Lorsqu'on recherche les critères de hiérarchisation des rattachements l'on est amené à constater que, si le plus souvent, l'auteur de la règle fait une référence explicite à un rattachement principal, comme dans le cas de la Convention de la Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires, il est, néanmoins, fréquent que la référence à un rattachement principal ne soit qu'implicite. Dans ce dernier cas, l'auteur de la règle fait référence à la volonté des parties.

On peut, donc, constater l'existence de deux critères de hiérarchisation des rattachements. L'un *subjectif* (a), l'autre *objectif* (b).

##### a) Critère subjectif de hiérarchisation des rattachements

77. — L'analyse de règles telles que celles posées par les articles 36 du Code civil portugais, ou 11 de l'EGBGB ancien, montre qu'il y a une hiérarchie entre les rattachements qu'elles contiennent par le fait même que la primauté est accordée à la loi applicable au fond.

Le *critère de hiérarchisation est subjectif* en ce sens que c'est la volonté des parties qui décide dans quel ordre les rattachements doivent fonctionner. Mais, l'existence même de la hiérarchie des rattachements doit être expliquée. C'est la raison pour laquelle on recherchera, tout d'abord, la position du problème, avant d'en énoncer la solution.

#### 1. — Position du problème

78. — Pour comprendre comment le problème se pose, il convient de se rappeler que : « ... L'autonomie de la volonté... constitue en quelque sorte l'hypothèse extrême d'un rattachement alternatif en droit international privé »<sup>185</sup>.

Or, la référence faite à la loi d'autonomie donne à cette dernière le caractère de rattachement principal. En effet, dire aux parties qu'elles peuvent rattacher le rapport de droit soit à la loi d'autonomie, soit à la loi du lieu de célébration, soit à la loi nationale commune, revient en réalité à dire que les par-

ties peuvent choisir soit la loi du lieu de célébration, soit la loi nationale commune, soit une autre loi qu'elles estiment aptes à régir le rapport de droit.

Et si le choix des parties peut porter sur les autres rattachements en concours, si la loi d'autonomie peut « *absorber* » les autres lois qui découlent des rattachements, c'est parce que *la loi d'autonomie est hiérarchiquement supérieure* aux autres lois. Car, le phénomène inverse ne peut se produire<sup>186</sup>.

Cette interprétation est confirmée par la rédaction de l'article 36 du Code civil portugais, inspiré par les dispositions allemande et italienne en matière d'actes juridiques. Ce texte accorde clairement le rôle de rattachement principal à la loi qui régit la substance, c'est-à-dire, la loi d'autonomie, en vertu de l'article 41 du même Code<sup>187</sup>.

Et maintenant que la position du problème est éclaircie, il convient de rechercher la solution du problème.

## 2. — Solution du problème

79. — L'existence d'une hiérarchisation entre les rattachements par la référence faite à la loi d'autonomie a été perçue, de longue date, par certains auteurs. Ainsi, dès 1933, Niboyet se prononçait en faveur d'une hiérarchisation des rattachements applicables à la forme des actes, et proposait que la primauté fût accordée à la loi qui régit le fond, le lieu de célébration devant apparaître comme un rattachement subsidiaire<sup>188</sup>.

L'introduction d'une autonomie de la volonté limitée dans les matières qui ne relèvent pas nécessairement, du droit des obligations contractuelles, a permis l'extension de la solution à tous les autres cas.

Aussi, un auteur a pu dire que « *lorsque la règle de rattachement établit une autonomie de la volonté limitée, elle établit l'ordre dans lequel les lois susceptibles d'être choisies entrent en ligne de compte, mais cet ordre n'est pas fonction de critères de localisation, puisque c'est le choix des parties (ou de l'une d'entre elles) qui détermine la loi applicable en l'espèce, le rattachement objectif n'ayant qu'un rôle subsidiaire...* »<sup>189</sup>.

La volonté des parties peut être donc un critère de hiérarchisation des rattachements. C'est un critère subjectif. Mais il y a, également, des critères objectifs. C'est ce qu'il convient de démontrer à présent.

### b) Critère objectif de hiérarchisation des rattachements

80. — Le critère de hiérarchisation des rattachements est objectif, lorsque la règle à rattachements alternatifs ne fait aucune référence à la volonté des parties.

Ainsi, par exemple, la Convention de la Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires établit une hiérarchie entre les rattachements qu'elle contient, objectivement. La loi applicable est, en premier lieu, celle de la résidence habituelle du créancier d'aliments. Ce n'est que si cette loi ne permet pas d'obtenir les aliments, qu'on appliquera la loi nationale commune du créancier et du débiteur et, au cas où cette loi refuserait les aliments, on appliquerait, alors, la loi du juge saisi.

C'est l'illustration même de la disjonction exclusive. L'une des branches de l'alternative excluant l'autre, l'option ne peut retomber que sur la loi qui permet l'obtention du résultat escompté.

Le professeur Von Overbeck a pu remarquer que, « comme en cas de rattachement alternatif, on constate que le nombre de possibilités dépend des circonstances du cas concret... »<sup>190</sup>.

Avec un peu moins de netteté certaines codifications récentes, notamment en matière de divorce, consacrent des solutions semblables, en permettant à la *lex fori* de s'appliquer pour corriger la solution inadéquate donnée au litige par la loi étrangère. Tel est, par exemple, le cas de l'article 22, alinéa 2, de la loi tchèque, de l'article 20, alinéa 2, de la loi de la R.D.A., de l'article 41 de la loi hongroise, de l'article 61, alinéa 3, de la loi suisse.

Lorsque l'auteur de la règle établit une hiérarchie entre les rattachements par un critère objectif, il signifie aux destinataires son intention de contrôler strictement le mode de réalisation de la politique législative du for, malgré l'existence d'une option entre les rattachements. En posant des conditions strictes, pour le passage d'un rattachement à un autre, l'auteur de la règle limite, non seulement l'étendue de l'option mais, également, le contenu de l'option<sup>191</sup>.

En somme, il faut constater l'existence d'une liaison étroite entre l'ordre des rattachements et la méthodologie de mise en œuvre de la règle de conflit.

Pour le moment il suffit d'observer que l'existence de différents critères de hiérarchisation des rattachements est intimement liée à l'existence de différents *modèles* de hiérarchisation des rattachements. C'est cet aspect de la question qui sera étudié maintenant.

## ***B — Modèles de hiérarchisation des rattachements***

81. — L'observation des règles à rattachements alternatifs hiérarchisés révèle qu'il y a des modes différents de hiérarchisation des rattachements et que ces modalités différentes se retrouvent, parfois, dans une même matière (a) et que, d'autres fois, la différence du modèle est liée à la fonction que l'auteur de la règle a assignée au rattachement (b).

### ***a) Quant à la matière réglementée***

82. — Si l'on observe, par exemple, les règles édictées par les différents Etats pour régir une même matière, on peut constater, tout d'abord, une diversité du rattachement principal malgré l'identité de la matière réglementée. Et l'on peut constater, ensuite, une diversité des rattachements subsidiaires, malgré l'identité du rattachement principal.

#### **1. — Modèle de la diversité du rattachement principal**

83. — Le modèle de la diversité du rattachement principal malgré l'identité de la matière réglementée peut être trouvé dans le régime juridique de la forme des actes en droit international privé.



En effet, traditionnellement, les législations nationales adoptent comme rattachement principal pour la forme des actes *le lieu de célébration*. C'est une conséquence de l'application de la règle *locus regit actum*. L'on sait, toutefois, que d'autres Etats, notamment en Europe, adoptent comme rattachement principal *la loi qui régit le fond*. Tel est le cas, par exemple, du Portugal (art. 36, C. civ.) de la Pologne (art. 12, loi 1965), de la Tchécoslovaquie (art. 4, loi 1963).

Cette diversité du rattachement principal adopté par les différentes législations étatiques a des conséquences importantes sur le plan du fonctionnement des règles. Ainsi, par exemple, le fait que la validité en la forme d'un acte juridique soit rattachée principalement à la loi qui régit le fond, peut réduire les cas de « *dépeçage* ». Mais il y a aussi risque d'alourdissement de la tâche du juge car, il est plus facile de connaître le lieu de célébration que de découvrir la loi qui doit régir le fond de l'acte, en cas de silence des parties.

Certes, l'article 9, alinéa 1, de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles unifie les règles de rattachement, en la matière, pour les Etats membres de la C.E.E. Dans les rapports avec des Etats tiers le problème se trouvera réglé en raison du caractère universel de la convention.

Au fond, une solution telle que celle prévue par l'article premier de la Convention de la Haye sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires et dans la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dans ses dispositions relatives à la forme, semble mieux adaptée à l'esprit même du système alternatif. L'absence de hiérarchie entre les rattachements permet une plus facile application de la loi qui favorise la validité.

Mais la différence de régime s'explique, peut-être, par la nécessaire différence de nature des institutions. Le régime de l'acte unilatéral ne peut pas être étendu à l'acte bilatéral.

Il convient d'étudier, à présent, la diversité des rattachements subsidiaires.

## 2. — Modèle de la diversité des rattachements subsidiaires

84. — La hiérarchisation des rattachements peut toucher, également, les rattachements subsidiaires. Ainsi, par exemple, la doctrine italienne recherche un ordre pour les rattachements prévus par l'article 25 des dispositions préliminaires du Code civil<sup>192</sup>.

La question se pose, par exemple, en matière de conflits de lois applicables au contrat de travail en raison de la diversité des règles édictées par les Etats intéressés. Il suffit, par exemple, de comparer la solution donnée par l'article 121, alinéa 3, de la loi suisse, à celle donnée par l'article 6 de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

En effet, le projet suisse laisse aux parties la possibilité de choisir la loi applicable parmi les rattachements suivants : la résidence habituelle du travailleur ou de l'employeur ou le domicile ou encore l'établissement de ce dernier. Si l'ordre des rattachements ne fait aucun doute relativement à la

détermination du rattachement principal, le doute subsiste en ce qui concerne l'ordre des rattachements subsidiaires.

D'ailleurs, les rattachements retenus, à titre subsidiaire, ne sont pas toujours les mêmes. Dès lors, la question se pose de savoir si l'on peut établir une hiérarchie entre les rattachements subsidiaires en alternative, ou s'il faut conclure que la règle alternative est obtenue après la comparaison de tous les rattachements en concours.

Trouver une réponse satisfaisante à cette question semble, pour le moment, une tâche difficile. Le droit international privé en tant que branche autonome de la science du droit, semble se trouver à un tournant. Il semble s'orienter vers une systématisation de type casuistique qui s'éloigne de la systématisation de Savigny pour se rapprocher de la méthode statutaire.

Cette diversité des modèles de construction des règles à rattachements alternatifs hiérarchisés se retrouve, également, si l'on cherche à classer les règles quant à la fonction qui est assignée au rattachement principal.

#### *b) Quant à la fonction du rattachement*

85. — L'auteur de la règle à rattachements alternatifs hiérarchisés détermine, généralement, la fonction du rattachement en vertu du but de politique législative qu'il poursuit. Ainsi, par exemple, les rattachements alternatifs de la Convention de La Haye de 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires ont une fonction différente de ceux contenus dans l'article 311-18 du Code civil français, qui dispose : « L'action à fins de subsides est régie, *au choix de l'enfant*, soit par la loi de sa résidence habituelle, soit par la loi de la résidence habituelle du débiteur ».

La première règle, celle posée par la *Convention de la Haye*, est une *règle à rattachements impératifs*, alors que l'article 311-18 du Code civil français est une *règle à rattachements facultatifs*. Dans le premier cas l'auteur de la règle impose à ses destinataires le chemin à emprunter en vue de la réalisation du but poursuivi par lui, alors que dans le second, l'auteur de la règle laisse à l'une des parties (l'enfant) la faculté d'emprunter le chemin qu'il estime le plus adapté en vue de la réalisation du résultat concret recherché<sup>193</sup>.

C'est dire que l'auteur de la règle n'assigne pas la même fonction aux rattachements, en édictant l'une et l'autre de ces deux règles. Dans la règle posée par la Convention de La Haye, la *localisation l'emporte sur le caractère matériel* de la règle, alors que dans l'article 311-18 le *caractère matériel de la règle l'emporte sur la localisation*<sup>194</sup>.

Et le caractère protecteur du formalisme l'emporte parfois sur le *favor negotii*, comme la Convention de Rome le fait, d'ailleurs, pour la forme des contrats conclus par les consommateurs, ou encore comme l'article 116,

de la loi suisse le fait pour la forme des contrats relatifs aux immeubles.

En conclusion on peut dire que les règles à rattachements alternatifs sont construites selon des modèles différents en fonction du but poursuivi par son auteur. Parfois, les règles sont édictées sous la forme de *rattachements non hiérarchisés* car, l'équivalence des rattachements exprime une volonté de pro-

tection limitée. Le plus souvent, l'auteur de la règle édicte des règles à *rattachements hiérarchisés* dans un but de protection renforcée.

### §3. — Le degré de substantialité dépend du degré de localisation

86. — La règle à rattachements alternatifs n'implique pas seulement le choix de la loi applicable en fonction du résultat escompté. Il ne s'agit pas, en effet, d'une application arbitraire de la loi appropriée. La *lex conveniens* est choisie en fonction des *points de contact* que la situation à régir présente avec cette dernière<sup>195</sup>.

La question qui se pose est celle de savoir comment concilier les exigences de la localisation avec celles, apparemment contradictoires, de la recherche d'un résultat.

En effet, la localisation impliquée par la règle de conflit classique est fondée sur le principe d'égalité entre la *lex fori* et la loi étrangère.

Les transformations sociologiques opérées dans les Etats sont à la base d'un développement inégal des législations. L'éclatement des grandes catégories de rattachements et le « dépeçage » des rapports juridiques ont imposé le passage du rattachement unique au rattachement multiple.

Malgré le développement d'un courant « néo-statutiste » et malgré le « renouveau du territorialisme »<sup>196</sup>, il est toujours possible de dire que les règles à rattachements alternatifs imposent le choix de la loi applicable par la voie de la localisation.

C'est que la règle à rattachements alternatifs reste une « *norme primaire de droit international privé* »<sup>197</sup>. En effet, lorsque l'article 311-16 du Code civil français dispose que :

« Le mariage emporte légitimation lorsque, au jour où l'union a été célébrée, cette conséquence est admise, soit par la loi régissant les effets du mariage, soit par la loi personnelle de l'un des époux, soit par la loi personnelle de l'enfant », le choix de la loi applicable doit se faire par la localisation du rapport de droit, dans le temps et dans l'espace.

La loi dont la règle à rattachements alternatifs prescrit le choix est celle indiquée par les rattachements contenus dans la règle. Et c'est pour cette raison que la disjonction des rattachements implique la localisation de la situation à régir.

C'est ainsi que la règle à rattachements alternatifs joue son rôle de « norme primaire de droit international privé », alors que la règle de droit matériel interne est seconde. En effet, cette dernière ne se laisse découvrir que par la médiation des éléments de rattachements contenus dans la règle primaire.

Il ne nous semble, toutefois, pas possible de suivre M. Patocchi lorsqu'il prétend que c'est pour simplifier les difficultés de la localisation que les règles de « rattachement à caractère substantiel » ont été édictées dans certains domaines du droit international privé<sup>198</sup>.

Il nous semble plutôt que le développement des règles à rattachements alternatifs dans les législations contemporaines a eu pour conséquence, d'une part

l'éclatement des grandes catégories de rattachement et le dépeçage des situations juridiques et d'autre part, le « renouveau du particularisme ».

Le rattachement unique s'est imposé tant que les grandes catégories de rattachement étaient unitaires. L'on pouvait, alors, rattacher le « statut personnel » à la loi personnelle, le « statut délictuel » à la « *lex loci delicti* », la forme des actes à la « *lex loci actus* ».

La localisation était fonctionnelle<sup>199</sup>.

Or, le « statut personnel » a éclaté et l'on peut aujourd'hui distinguer le « statut individuel » du « statut familial »<sup>200</sup>. Les intérêts d'un individu ne coïncidant pas toujours avec ceux de la famille à laquelle il appartient, la loi personnelle ne permet plus à elle seule le règlement satisfaisant du rapport juridique<sup>201</sup>.

De même, l'interprétation facultative donnée à la règle « *locus regit actum* » n'est pas une conséquence des difficultés éventuelles de localisation du rapport de droit, mais la conséquence du besoin ressenti par les sujets du droit international privé de voir leurs actes validés en la forme quel que soit le lieu de passation. L'option entre la *lex loci actus* et la loi régissant le fond peut faciliter l'unité de la compétence législative par l'application d'une loi unique à l'acte dans son ensemble<sup>202</sup>.

La même explication peut être donnée à l'utilisation de rattachements alternatifs dans les matières relevant du statut délictuel. Ici aussi, ce n'est pas une quelconque difficulté de localisation qui justifie l'application des rattachements. L'idée qui commande l'adoption de rattachements alternatifs est toute autre.

La *lex loci delicti* était apte à régir les délits tant que tous les éléments de ce dernier se trouvaient concentrés en un seul et même endroit. Mais dès lors que par suite des transformations technologiques le fait générateur peut se situer à un endroit différent du lieu du préjudice, la question peut se poser de savoir ce qu'il faut entendre par « *locus delicti* ». Est-ce le lieu du fait générateur ? Est-ce le lieu préjudice ?

Choisir exclusivement l'une ou l'autre de ces concrétisations peut, parfois, empêcher la victime d'obtenir réparation, ce qui est contraire à l'idée de protection qui sous-tend les rattachements alternatifs. Aussi, c'est en raison du « *favor laesi* » que les rattachements alternatifs sont édictés et non pas parce qu'il y aurait une quelconque difficulté de la localisation<sup>203</sup>.

87. — En somme pour justifier la démarche localisatrice en matière de rattachements alternatifs il faut partir de l'idée selon laquelle une règle à rattachements alternatifs peut se décomposer en autant de règles qu'elle a de rattachements<sup>204</sup>.

Cette idée est clairement exprimée par l'article 28, alinéa 3, de la loi yougoslave du 15 juillet 1982, lequel dispose :

« L'illicéité d'un fait est appréciée conformément au droit du lieu où le fait s'est produit ou de celui où ses effets se sont réalisés ; si le fait s'est produit ou si les effets se sont réalisés en plusieurs lieux, il suffit que le fait soit illicite d'après le droit de l'un de ces lieux ».

Ce texte est bien l'expression du caractère hybride des règles à rattachements alternatifs. D'une part, elles sont des règles de rattachement, en ce qu'elles

ne règlent le rapport de droit qu'en utilisant le biais des points de contact qu'elles contiennent et qui servent de pont entre la situation à régir et l'Etat dont la législation est appelée à la régler.

D'autre part, elle est une règle à caractère substantiel en ce qu'elle impose le choix de la loi applicable en fonction d'un résultat. Ainsi, si ce dernier aspect des règles à rattachements alternatifs implique la disjonction des rattachements, le premier implique, nécessairement, la localisation.

Certes, la localisation n'est plus ici « abstraite » ou « aveugle », mais concrète puisqu'elle se fait en fonction d'un but déterminé.

C'est en cela que les règles à rattachements alternatifs apparaissent comme l'expression d'un courant « néo-statutiste ». En effet, les statutistes ne méconnaissent pas, eux non plus, l'influence des considérations matérielles sur les règles de conflit<sup>205</sup>.

Et, il est vrai, que plus l'éventail des lois indiquées par les rattachements est large, plus la localisation perd de sa valeur. C'est en ce sens que les règles à rattachements alternatifs, de structure bilatérale, ne sont plus de « véritables règles de conflit ».

Ce dernier aspect apparaît plus clairement encore *dans les règles unilatérales à rattachements alternatifs*. Ainsi, par exemple, l'article 16 de la loi française du 18 juin 1966 sur l'affrètement et le transport maritime dispose : « Le présent titre (relatif au contrat de transport) est applicable aux transports effectués au départ ou à destination d'un port français ».

La justification donnée pour l'utilisation d'une règle unilatérale à rattachements alternatifs, est le désir du législateur français de faire bénéficier les entreprises françaises, chargeurs ou destinataires, des dispositions substantielles particulièrement protectrices contenues dans la loi<sup>206</sup>.

L'utilisation d'une règle unilatérale à rattachements alternatifs exprime, généralement, la volonté de l'auteur de la règle d'élargir le champ d'application de la loi du for. Unilatéralisme et territorialisme vont de pair et plus il y a de rattachements dans une règle unilatérale à rattachements alternatifs, plus le caractère matériel de la règle l'emporte sur la nécessité de localisation<sup>207</sup>.

C'est que, comme l'a fait remarquer le professeur Rigaux « ... *il n'existe pas, à proprement parler, de « règle de conflit » unilatérale*. La règle d'appliquabilité dont la méthode unilatéraliste réclame l'existence a pour objet la seule délimitation du domaine spatial d'une disposition ou d'un ensemble de dispositions de droit matériel appartenant à un ordre juridique déterminé... Une méthode unilatéraliste ne conçoit d'autres normes primaires de droit international privé que les règles de droit matériel... »<sup>208</sup>.

La démonstration semble donc avoir été faite de ce que les règles à rattachements alternatifs ne se justifient nullement pour des raisons tenant aux difficultés de localisation, mais plutôt pour des raisons tenant à la recherche d'un règlement satisfaisant des situations internationales, selon les conceptions de l'Etat du for.

Lorsque les règles à rattachements alternatifs prennent une structure bilatérale elles rejoignent les idéaux des statutistes, lorsqu'elles adoptent une structure unilatérale, elles rejoignent les idéaux des territorialistes.

Telle est la signification de la disjonction des rattachements. La règle à rattachements alternatifs peut, par conséquent, être définie comme celle qui comporte une pluralité de rattachements disjoints pour donner protection adéquate au sujet du rapport de droit ou au rapport de droit lui-même. Définie ainsi la règle à rattachements alternatifs explique la signification de la disjonction des rattachements qui est le choix de la loi en fonction du résultat escompté et par le biais de la localisation du rapport de droit.

## Conclusion

88. — La recherche de la finalité des règles à rattachements alternatifs est une conséquence logique du caractère ordonné, donc systématique du droit. La connaissance des mécanismes qui commandent l'organisation d'un système juridique ne peut s'acquérir que par l'analyse en profondeur de leur raison d'être. Ainsi, un auteur a pu dire que « ...il paraît inévitable d'étudier les raisons d'être des normes, non pas seulement dans la contingence de leur devenir historique, mais aussi dans leurs stratifications en profondeur qui seules peuvent permettre de les organiser en systèmes »<sup>209</sup>.

Or, lorsqu'on regarde les modes de règlement des conflits de lois adoptés ou proposés par les différents Etats dans certaines matières<sup>210</sup>, et même dans l'organisation d'un système étatique, tout entier<sup>211</sup>, l'on a une « impression d'incohérence »<sup>212</sup>.

Cette impression d'incohérence s'estompe, toutefois, dès lors qu'on cherche non pas à discerner les « variétés » de règles existantes, mais la raison d'être de leur existence, la raison pour laquelle elles prennent telle forme, plutôt que telle autre. Ces deux approches conduisent à des critères de classement différents. Dans le premier cas le critère est *descriptif*, alors que dans le second il est *explicatif*.

Mais il y a plus. Dès lors que le critère cherche à décrire les variétés de règles existantes, il y aura, nécessairement, autant de critères qu'il y a de variétés. Or, un critère doit pouvoir être applicable à toutes les variétés, sans exception, existantes et à venir. Le critère ne doit pas être *analytique*. Il doit être *synthétique*.

Et c'est parce que le critère que nous avons utilisé est, à la fois, explicatif et synthétique qu'il permet de distinguer la règle à rattachements alternatifs de certains cas voisins. C'est, par exemple, parce que le critère est fondé sur la disjonction des rattachements qu'il est possible de distinguer la « règle alternative » de la « règle cumulative » qui, elle aussi, est une « variété logique de la règle de conflit ». De même, c'est parce que la règle à rattachements alternatifs hiérarchisés correspond à la disjonction exclusive, qu'il est possible de distinguer la règle à rattachements alternatifs, de la règle à rattachements subsidiaires.

Ainsi les modalités de réalisation de la finalité matérielle que nous venons d'étudier nous permettent de mieux comprendre le fonctionnement du système alternatif, que nous étudierons dans la seconde partie de cette recherche.

## NOTES

1. Cf. LEWALD, « Règles générales des conflits de lois », *R.C.A.D.I.*, 1939, III, p. 1 et ss, spéc. p. 30 note 1.

2. Cf. FERRER-CORREIA, « Les problèmes de codification... », *op. cit.* p. 84 et ss ; E. VITTA, « Cours général... », *op. cit.* p. 59.

3. Cf. les dispositions de droit international privé du Nouveau Code civil du Pérou, avec le commentaire de J. LISBONNE, *R.C.D.I.P.*, 1986, p. 192.

4. Cf. Jacques FOYER, compte rendu de la thèse de M. PATOCCHI, in *R.C.D.I.P.*, 1986, p. 599 et ss ; spéc. p. 600.

5. Cf. PATOCCHI, « Règles de rattachement... », *op. cit.* p. 320, n° 648.

6. , Silva ALONSO, « La norma de conflicto como regla instrumental », *REDI*, 1972 ; Aguilar NAVARRO, « Algunos supuestos políticos... », *op. cit.* *REDI*, 1960, p. 45 et ss ; Perenieto CASTRO, « La tradition territorialiste en Amérique Latine », *R.C.A.D.I.*, 1985, p. 271 et ss, spéc. p. 280 à 322.

7. Cf. E. VITTA, « Diritto internazionale privato », Tome I, p. 290. Et pour des illustrations des solutions américaines, cf. LEGIER, note sous Cass. civ. I, 8 février 1983, *R.C.D.I.P.*, 1984, p. 123 et ss, spéc. p. 131 et ss, n° 20, 36 et 45 et ss.

8. Cf. DE NOVA, « Solution du conflit de lois... », *op. cit.* ; *ibidem*, « Rilevanza del contenuto... », *op. cit.* ; Miaja de LA MUELA, « Soluciones Sanas... », *REDI*, 1964, p. 16 et ss ; Perez VERA, « Interesses del trafico juridico externo y derecho internacional » ; WENGLER, « Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits », *R.C.D.I.P.*, p. 595 et ss ; 1953, p. 37 et ss.

9. Cf. E. VITTA, « Diritto internazionale privato », Tome I, *loc. cit.* ; WENGLER, « General principals of private international law », *R.C.A.D.I.*, 1961, III, p. 273 et ss, spéc. p. 339.  
Et pour un aperçu de l'approche américaine, CAVERS, « Contemporary conflicts law in American perspective », *R.C.A.D.I.*, 1970, II, p. 75 et ss.

10. Cf. PATOCCHI, « Règles de rattachement... », *op. cit.* p. 230.

11. Cf. WENGLER, « Conflit de lois et principe d'égalité », *R.C.D.I.P.*, 1963, p. 230 et 503 ; Louis LUCAS, « La fraude à la loi étrangère », *R.C.D.I.P.*, 1962-1 ; B. AUDIT, « La fraude à la loi en droit international privé », *Paris* 1974 ; Cass. civ. I, 2 oct. 1984, *R.C.D.I.P.*, 1986, p. 91, note JOBARD-BACHELLIER.  
Voir, cependant, sur la doctrine du « *forum non conveniens* », l'article de M. HERZOG, sous ce titre in *R.C.D.I.P.*, 1979.

12. Cf. D. EVRIGENIS — « Tendances doctrinales actuelles... », *R.C.A.D.I.*, 1966, p. 324 et ss, spéc. p. 347, 361, 368, 370, 377, note n° 153 ; P. LALIVE, « Cours général... », *R.C.A.D.I.*, 1977, II, spéc. p. 334 et ss ; E. VITTA, « Cours général... », *op. cit.*, spéc. p. 163 et ss.

13. Cf. D. EVRIGENIS, *ibidem*, spéc. p. 340, note 43 ; P. LALIVE, *ibidem*, p. 342 ; VITTA, « Réflexions sur quelques théories récentes aux Etats-Unis d'Amérique en matière de conflits de lois », *rev. Dr. Int. Dr. Comp.*, 1970, p. 201 et ss, spéc. p. 209, 211, *ibidem*, « The impact in Europe of the American « conflicts revolution », in *A.J.C.L.*, 1982, I, p. 1 et ss, spéc. p. 9 et ss ; Kurt G. SIEHR, « Domestic Relations in Europe : Européan Equivalents to American Evolutions », *op. cit.*, spéc. p. 40 et ss ; FERRER-CORREIA, « Problèmes... » *op. cit.* p. 82 et ss.

14. Cf. SIEHR, *op. cit.* p. 70 et ss ; B. HANOTIAU, « The American Conflicts Revolution and European tort choice of law thinking », in *A.J.C.L.*, 1982, I, *op. cit.* p. 73 et ss, spéc. p. 85 et ss.

15. Cf. la définition donnée par M. PATOCCHI, in « Règles de rattachement... », p. 320, n° 648 et nos rapprochements avec les rattachements alternatifs, *supra*.

16. Outre les auteurs cités aux notes n° 13 et 14, cf. REESE, « American trends in Private international law : academic and judicial manipulation of choice of law rules in tort cases », in *Vanderbilt law review*, 1980, p. 719 et ss ; R.-J. WEINTRAUB, « Functional developments in choice of law for contracts » *R.C.A.D.I.*, 1984, *op. cit.* p. 239 et ss, spéc. p. 271 et ss.

17. Cf. H. BATIFFOL, « Le pluralisme des méthodes... », *op. cit.*, spéc. p. 132 et ss.

18. Cf. E. VITTA, « Réflexions... », *op. cit.* p. 209.

19. Cf. CAVERS, « A critique of the choice of law problem » *Harv. law Review*, 1933, p. 173 et ss ; *ibid.*, « The choice of law process », *Ann. arbor*, 1965.

20. Cf. CURRIE, « Essays on the conflict of laws », 1963 ; *adde*, EHRENZWEIG, « A treatise on the conflict of laws », 1962. Et sur la perspective américaine, en général, cf. FERRER-CORREIA, « Les problèmes de codification... », *op. cit.*, spéc. p. 72 et ss.

21. EVRIGENIS cite, à juste titre, HIJMANS, KOLLEWIJN, JITTA et FRANKEL, qui selon lui ont des idées « ... assez proches de celles de CAVERS dans la mesure où elles tiennent compte de la solution matérielle dans le règlement du rapport privé international ». Cf. « Tendances doctrinales... », *op. cit.* p. 340, note 43, *in fine*.

22. Cf. par exemple CAVERS qui cite ALDRICUS (1170-1200), in « The choice of law process », p. 86. L'on sait, en effet, que ALDRICUS proposait de résoudre le litige entre personnes relevant de coutumes différentes en appliquant « *eam quae potior et utilior videtur* ». Et sur le développement historique du droit international privé, cf. notamment, outre les Cours professés à l'Académie de Droit de la Haye par les professeurs DE NOVA et GUTZWILLER, déjà cités, ceux des professeurs LIPSTEIN, « The general principles of Private international law », *R.C.A.D.I.*, 1972, I, p. 97 et ss. MEIJERS, « L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen-Age, spécialement dans l'Europe occidentale », *R.C.A.D.I.*, 1934.

23. Pour quelques illustrations, cf. Aguilar NAVARRO, « Algunos supuestos políticos del derecho internacional privado », *R.E.D.I.*, 1960, p. 45 et ss ; *ibidem*, « Révision metodologica en el derecho internacional privado », *R.E.D.I.*, 1960, p. 445 et ss.

24. Cf. PILLET, « Traité pratique de droit international privé », Paris 1923, p. 106.

25. Cf. BARTIN, « Principes de droit international privé », Tome II, p. 183. Cet auteur remarque que « cette méthode de désignation... ne fonctionne pas lorsque les règles matérielles des différents Etats présentant un rapport avec la question litigieuse poursuivent des buts différents ».

26. Cf. WENGLER, « Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits », *R.C.D.I.P.*, 1953, p. 12.

27. Cf. VON MEHREN et TRAUTMANN, « The law of multistate problems : cases and materials on conflict of laws », *Boston-Toronto*, 1965, p. 76 et 102 à 105.

28. Il convient, en effet, de se rappeler qu'aux Etats-Unis d'Amérique il est de principe que la solution des conflits de lois suive des règles de rattachement différentes selon qu'il s'agit de résoudre un conflit de loi « *horizontal* », c'est-à-dire ceux opposant les lois des Etats fédérés, ou « *vertical* », c'est-à-dire ceux opposant les organes et les lois fédérales d'une part et les organes et les lois des Etats fédérés, d'autre part. Cf. en ce sens, VON MEHREN et TRAUTMANN, *op. cit.*, spéc. p. 995 et ss.

29. Cf. en ce sens, E. VITTA, « Cours général... », *op. cit.*, spéc. p. 183 et ss. La conception dite « internationaliste » du droit international privé est dépassée.

30. Cf. en ce sens, A. TOUBIANA, « Le domaine de la loi du contrat... » *op. cit.*, n° 259.



31. Cf. F. POCAR, « La protection de la partie faible... », *op. cit.*, spéc. p. 400 et ss.
32. Cf. H. BATIFFOL, « Unilatéralisme et contrats en droit international privé », in *Mélanges SCHNITZER*, Genève, 1979, p. 7 et ss ; GOTHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste... », *op. cit.* ; « La méthode unilatéraliste face au droit international privé des contrats », *Trav. Com. Fr. Dr. Int. Privé*, 1975-1977, p. 201 et ss ; « La méthode unilatéraliste et le droit international privé des contrats », *R.C.D.I.P.*, 1979, p. 5 et ss.
33. Cf. F. RIGAUX, « La méthode des conflits de lois dans les codifications et projets... » *op. cit.*, p. 11, n° 11.
34. Cf. notamment, CAVERS, « Contemporary conflicts law in American Perspective », *R.C.A.D.I.*, 1970, III, p. 75, 308.
35. Cf. PILENKO, « Droit spatial et droit international privé », in *ius gentium*, 1953, p. 54.
36. Cf. QUADRI, « Lezioni di diritto internazionale privato », 5<sup>e</sup> éd., 1969, p. 244.
37. Cf. Jessurun d'OLIVEIRA, « De anti-kiesregel », *op. cit.* Selon cet auteur les juridictions néerlandaises ont fait application de la distinction entre « vrais conflits » et « faux conflits » dès 1913, en faisant application des règles de conflit aux seuls cas où les lois en conflit étaient différentes.
38. Sur la contribution américaine à la théorie unilatéraliste, cf. HANOTIAU, « Le droit international privé américain », *op. cit.* p. 231 et ss, n° 493 à 526.  
Cf. également, dans le même sens, F. RIGAUX, « La méthode des conflits de lois dans les codifications... », p. 6, note n° 5.
39. En ce que la prise en considération des intérêts matériels était pratiquée par les statutistes et prônée par les doctrines territorialistes, cf. notamment, Carrillo SALCEDO, « Le renouveau du particularisme », *op. cit.*, et les remarques de F. RIGAUX, selon lesquelles, « ...il n'existe pas, à proprement parler, de « règle de conflit » unilatérale... Le concept de « règle de conflit » doit être réservé à la règle qui, construite sur le modèle savignien, prétend choisir entre plusieurs lois d'Etats différents... Une méthode unilatéraliste ne conçoit d'autres normes primaires de droit international privé que les règles de droit matériel... », in, « La méthode des conflits de lois... », *op. cit.* p. 24, n° 22.  
Et sur la notion de « territorialisme » et son évolution historique, cf. notamment : Perezniato CASTRO, « La tradition territorialiste en Amérique Latine », *R.C.A.D.I.*, 1985, p. 271 et ss, spéc. p. 280 à 322. L'auteur montre, en effet, l'origine européenne du territorialisme et son expression à l'heure actuelle dans la doctrine et dans la législation.  
Et sur le fait que le prétendu « affinement » des règles de conflit se traduit par une régression méthodologique, cf. notamment, Jacques FOYER, « Problèmes de conflits de lois en matière de filiation », *R.C.A.D.I.*, 1985, p. 9 à 118, spéc. p. 61-62, n° 116 et 117-118.  
Cet auteur pose, en effet, la question suivante : « ... N'y-a-t-il pas là un affinement progressif des règles de rattachement qui s'efforcent de tenir compte des moindres nuances des institutions internes ?... » (p. 61, n° 116, c'est nous qui soulignons).  
Et plus loin il semble y répondre, en ces termes : « ... Mais elles semblent déboucher parfois sur un particularisme bartinien puisqu'elles s'inspirent exclusivement des caractères spécifiques que revêt la question en cause dans le droit interne de la règle de conflit considérée sans avoir égard à ceux différents qu'elle peut avoir dans les droits étrangers. L'exemple français est, à cet égard, topique... » (p. 62, n° 118).  
Et l'auteur conclut : « ... Le retour à un certain particularisme n'est-il pas un retour en arrière et ne risque-t-il pas de compliquer l'élaboration des concepts internationaux indispensables à l'application de la règle de conflit. On s'éloigne à cet égard des idées de RABEL et de l'aspiration à un certain universalisme du droit international privé » (p. 62, n° 118).
40. Cf. notamment FRANCESKAKIS, « Le surprenant article 310, nouveau du Code civil sur le divorce international », *R.C.D.I.P.*, 1975, p. 554 et ss ; *adde*, SIMON-DEPITRE, « Le nouvel article 310 du Code civil », *Clunet*, 1976, p. 286 et ss. A propos de la technique de rattachement utilisée par ce texte, ce dernier auteur remarque : « Il y a là un déséquilibre dans la répartition des compétences qui est assez déconcertant. Il fait fi, en effet, de la réciprocité qui est à la base de la solution des conflits de lois » (Cf. n° 11 et ss, c'est nous qui soulignons).

On pourrait également remarquer le manque de justesse de cette critique dans la mesure où la réciprocité conduit à l'application de la loi la plus sévère. Cf. en ce sens, Paul LAGARDE, « La réciprocité... », *op. cit.*

41. Cf. BATIFFOL et LAGARDE, « L'improvisation... », *op. cit.* ; A. PONSARD, « La loi française du 3 janvier 1972 et les conflits de lois en matière de filiation », *Clunet*, 1972, p. 765 et ss.

42. Cf. J. FOYER, « Tournant et retour aux sources en droit international privé », *J.C.P.*, 1976, I, 2762.

Il faut, toutefois, remarquer qu'alors que le professeur Jean FOYER parle de *retour aux sources*, en se plaçant *sur le plan historique*, le professeur Jacques FOYER, parle de *retour en arrière* en se plaçant *sur le plan méthodologique* (cf. *supra*, note 39).

43. Pour un premier essai, cf. notamment G. BOLARD, « Universalisme ou nationalisme : l'hésitation française », *Ann. Suiss. Dr. Inter.*, 1977, p. 83 et ss.

44. Cf. la contribution, récente, du professeur Jacques FOYER, « Problèmes de conflits de lois en matières de filiation », *R.C.A.D.I.*, 1985, p. 9 à 117, spéc. p. 28 à 47. Et rapprocher à F. RIGAUX, « La méthode... », *op. cit.*

En ce qui concerne la difficulté de mise en œuvre des nouvelles règles et les critiques qu'elles suscitent, cf. Jacques FOYER, *op. cit.* p. 111, note n° 182. Cet auteur, analysant le jugement, précité, rendu par le T.G.I. de Paris, 30 avril 1985, *R.C.D.I.P.*, 1986, p. 313, note Y. LEQUETTE, conclut son commentaire en ces termes : « *L'idée de faveur pour l'enfant ne soit pas rattaché juridiquement à son véritable père qui le réclame pourvu qu'il ait une filiation établie à l'égard d'un autre qui s'en désintéresse* ». Et l'auteur ajoute encore : « ... Une telle décision est contraire à la justice et aux vœux des trois intéressés... » (c'est nous qui soulignons).

Et pour de plus amples développements cf. *ibidem*, *op. cit.* p. 62 à 71.

Cf. également les dispositions introduites dans l'EGBGB en R.F.A., par la « loi portant réforme du droit international privé », *R.C.D.I.P.* 1987 p. 179 et ss et les commentaires, p. 1 et ss. Cette loi contient plusieurs, règles à rattachements alternatifs, notamment dans le domaine du droit de la famille.

45. Cf. en ce sens, Fritz SCHWIND, « Aspects et sens du droit international privé », *R.C.A.D.I.*, 1984, IV, p. 9 à 144, spéc. p. 76-77, n° 8 ; p. 105, n° 8 ; p. 109, n° 3.

Cet auteur remarque, en effet, pages 76-77, n° 8 : « *De nos jours apparaît une idée tout à fait nouvelle. On se rend compte du fait que les critères de territorialité et de la personnalité dans l'espèce de la nationalité ne suffisent pas toujours pour garantir un rattachement adéquat. Les relations internationales sont trop compliquées pour en trouver des solutions seulement à la base de la territorialité et de la personnalité.* La formule que l'on avait trouvée est très souple, mais parfois critiquée comme étant trop peu précise. *Le lien le plus effectif doit figurer comme point de rattachement...* » Sur le rôle du « Principe de Proximité », à l'heure actuelle, Cf. P. LAGARDE, « *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain* », *R.C.A.D.I.* 1986.I. p. 13 et ss.

Nous aurons l'occasion, au cours de cette recherche de revenir à la notion de « liens les plus étroits » pour en déterminer la portée et les limites. Il nous semble, en effet, que s'il convient d'aménager autrement les rattachements, la notion de « liens les plus étroits » jouera un double rôle : elle apparaîtra, tout d'abord, comme un *principe de localisation*, mais, en vertu de son imprécision, elle ne pourra jouer qu'un rôle *subsidaire*.

46. Ce n'est, cependant, pas là la caractéristique essentielle de ce type de règles. Les lois d'application immédiate, ou loi de police ou loi spatialement auto-limitée, opèrent du même mode.

On peut dire, toutefois, que toute règle à rattachements alternatifs est une règle de rattachement substantiel. Mais toute règle de rattachement substantiel n'est pas, nécessairement, une règle à rattachements alternatifs.

Et sur l'ensemble de la question cf. les auteurs cités par PATOCCHI, *op. cit.*, note n° 854 ; adde, E. VITTA. Le Droit International Privé Matériel en Droit Italien, *R.D.I.P.P.*, 1973, p. 830 et ss.

47. Cf. déjà YNTEMA, *R.C.D.I.P.*, 1959, p. 1 et ss ; NEUHAUS, « Abschied VON SAVIGNY ? », *Rebels Zeitschrift*, 1981, p. 615 et ss ; B. AUDIT, le Caractère Fonctionnel..., *op. cit.*

48. Cf. notamment, FERRER-CORREIA, les Problèmes de codification... *op. cit.* ; PATOCCHI, *op. cit.* p. 216 et ss.

49. Cf. KEGEL, The crises of Conflict of Laws, *R.C.A.D.I.*, 1964, t. 112, p. 95-268 ; DE NOVA, Historical and Comparative Introduction to Conflict of laws, *ibid.*, 1966, t. 118, p. 443-622 ; SPERDUTI, « Evoluzione storica e diritto internazionale privato », *Padoue*, 1970 ; E. VITTA, « Réflexions sur quelques théories récentes aux Etats-Unis d'Amérique en matière de conflits de lois », *Rev. Dr. Int. Comp.*, 1970, p. 201 et ss.

50. Notamment, DE NOVA, « Rilevanza del contenuto... », *op. cit.* ; E. VITTA, « Le droit international privé matériel... », *op. cit.* ; VON OVERBECK, « Les règles de droit international privé matériel », in *Mélanges KOLLEWIJN-OFFERHAUS*, p. 362 et ss ; MIAJA de la MUELA, Las normas materiales de derecho internacional privado, *R.E.D.I.*, 1963, p. 425 et ss ; H. BATIFFOL, « Les intérêts... », *op. cit.*

Et pour une illustration récente cf. l'article 7 de la Convention de Rome.

51. Outre les auteurs cités dans les notes précédentes, on peut citer également, F. POCAR, « Protection... », *op. cit.* ; P. RODIERE, « Conflits de lois en droit du travail : étude comparative », in *Droit Social*, 1986, n° 2, p. 118 et ss. ; Jacques FOYER, « Problèmes de conflits de lois en matière de filiation », *R.C.A.D.I.*, 1985, p. 9 et ss ; I. PINGEL, « La protection de la partie faible en droit international privé », *Dr Social*, 1986, n° 2, p. 133 et ss.

52. Cf. F. RIGAUX, « Famille, droit et changement social dans les sociétés contemporaines », in *Etudes Jean DABIN*, 1976 ; P.-Y. GAUTIER, « L'union libre en droit international privé », thèse, Paris I, 1986 ; VON OVERBECK, « L'intérêt de l'enfant... », *op. cit.*, *supra*, note n° 10.

53. En ce qui concerne la filiation, cf. notamment VON OVERBECK, « L'intérêt de l'enfant... », *op. cit.* ;

Les effets de la pratique judiciaire en France ont été analysés par G. SUTTON, « Les articles 311-14 et suivants du Code civil à l'épreuve de la jurisprudence du Tribunal de Grande Instance de Paris », in *Travaux du Comité français de D.I.P.*, compte rendu in *R.C.D.I.P.*, 1985, p. 224.

54. En ce qui concerne les pensions alimentaires, cf. notamment GROFFIER E., « Les pensions alimentaires à travers les frontières », *Bruxelles* 1980 ; HERZFELDER F., « Les obligations alimentaires en droit international privé conventionnel. Les deux conventions de la HAYE du 2 octobre 1973 », *Paris* 1985 ; « L'obligation alimentaire en droit international privé », *vol. I, C.N.R.S.*, 1983.

55. VON OVERBECK, « L'intérêt de l'enfant... », *op. cit.* p. 361 ; *adde*, BALLARINO T., « La réforme du droit italien de la famille et le droit international privé », *R.C.D.I.P.*, 1979, p. 281 et ss ; SCHWIND F., « La réforme du droit autrichien de la famille », *Rev. Dr. Int. Dr. Comp.*, 1980, p. 374 et ss ; KNOEPFLER F. « Le projet de loi fédérale sur le droit international privé helvétique », *R.C.D.I.P.*, 1979, p. 31 et ss ; BENITEZ de LUGO et ZAMORA CABOT, « Anotaciones a los recientes textos centroeuropeos de derecho internacional privado », *R.E.D.I.*, 1980, p. 97 et ss.

56. Cf. VON OVERBECK, « L'intérêt de l'enfant... », *op. cit.* p. 373 ; D. MAYER, « L'évolution du statut de la famille en droit international privé », *Chunet*, 1977, p. 447 et ss. Sur l'ensemble de la question cf. DE WINTER, « Nationality or domicile ? (The Present State of Affairs) », *R.C.A.D.I.*, 1969, t. 128, p. 347 ; « Nationalité et statut personnel. Leur interaction dans les traités internationaux et dans les législations nationales », *Paris* 1984.

57. Cf. VON OVERBECK, « L'intérêt de l'enfant... », *op. cit.* p. 376.

58. Pour le droit français, cf. loi du 3 janvier 1972 avec le commentaire de C. COLOMBET, J. FOYER, D. HUET-WEILLER et C. LABRUSSE-RIOU, *Paris* 1977.

Pour le droit italien, cf. BALLARINO « La réforme... », *op. cit.*

Pour l'Autriche, cf. SCHWIND, « La réforme... », *op. cit.*

Pour la R.F.A., cf. notamment D. SCHWAB, « La réforme du droit de la famille dans la R.F.A. », *Rev. Int. Dr. Comp.*, 1977, p. 573 et ss ; B. DICKSON, « The reform of private International law in the Federal Republic of Germany », *I.C.L.O.*, 1985, vol. 34, part.2, p 231 et ss.

59. Cf. VON OVERBECK, « L'intérêt de l'enfant... », *op. cit.*, note n° 26 ; GAUTIER, « L'union libre... », *op. cit.* ; E. VITTA, « The impact... » *op. cit.*, p. 11.

60. Pour un exemple récent cf. notamment T.G.I. de Paris, 30 avril 1985, *R.C.D.I.P.*, 1986, p. 313, note Yves LEQUETTE ; *adde* T.G.I., Paris ; 12 juillet 1982, *R.C.D.I.P.*, 1983, p. 463, note SANTA-CROCE ; *Clunet*, 1983, p. 374 note HUET, D. 1982, p. 200, note B. AUDIT.

61. On peut y ajouter l'art. 23 de la loi tchèque du 4 décembre 1963, l'art. 19 de la loi polonaise du 12 novembre 1965, les articles 21 et 22 de la loi de la R.D.A. du 5 décembre 1975, le § 46 du décret yougoslave du 13 novembre 1979, l'article 25, al. 1, de la loi autrichienne. L'énumération n'est pas exhaustive. Un tableau complet sera dressé à la fin de ce travail.

62. Cf. Les codifications citées à la note précédente.  
L'on peut ajouter pour l'Afrique Noire, l'étude de M. François BOULANGER, « Essai comparatif sur la notion de statut personnel dans les relations internationales des pays d'Afrique Noire », *R.C.D.I.P.*, p. 647 et ss.

Cf. également la *Convention de Rome de 1970 sur la légitimation par mariage*, entrée en vigueur le 8 février 1976.

63. Cf. l'article 9, al. 3 *in*, *R.C.D.I.P.*, p. 710.

64. Cf. I. KISCH, *op. cit.*

65. Cf. projet du Benelux, art. 5, al. 3, *Clunet*, 1969, p. 358, et les rattachements « en cascade » dans les conventions de la HAYE de 1956 et 1973 sur les pensions alimentaires.

66. Cf. VON OBERBECK, « L'intérêt de l'enfant... », *op. cit.* p. 369 ; BATIFFOL et LAGARDE, « Droit international privé », II, n° 465.

67. Cf. VON OVERBECK, « L'intérêt de l'enfant... », p. 380, *in fine*. Cet auteur relève, en effet que « ... sur le terrain du droit international privé, aucune des formules existantes ou proposées ne satisfait entièrement, les solutions en soi libérales du droit français et du projet suisse risquent de conduire à des filiations contradictoires ou boiteuses. Une solution vraiment satisfaisante ne pourrait résulter que, soit d'une convention internationale en matière de filiation, soit d'un rapprochement tel des législations internes que les conflits de lois perdraient de leur importance ».

La même idée a été évoqué par M. MEZGER, « Das Kind mit den zwei Vätern, ein Erfindung des französischen Kindschaftsrechts von 1972 », *in Festschrift Murad Ferid*, p. 621 et ss.

68. Cf. F. POCAR, « La protection... », *op. cit.* p. 362 et ss ; PATOCCHI, « Règles de rattachements... », *op. cit.*, p. 128 et ss.

69. Cf. PATOCCHI, *ibid*, p. 153 et ss.

70. Cf. VON OVERBECK, Cours Général, *op. cit.* p. 87 ; PATOCCHI, *op. cit.* p. 119.  
Pour son application en matière d'arbitrage, cf. Yves DERAIS, « Attente légitime des parties et droit applicable au fond en matière d'arbitrage commercial international » *in Travaux du Comité français de D.I.P.*, 1985, compte rendu par Gérard PLUYETTE, *in R.C.D.I.P.*, 1986, p. 590.

71. Cf. M.-I. JALLES, « Plurilocalização e deslocalização des situações internacionais », *revista de direito e de economia*, 1975, p. 65 et ss ; DEBY-GERARD, « Le rôle de la règle de conflit... », p. 255.

72. Cf. le point de vue de M. PATOCCHI, lequel déclare : « ... que l'autonomie de la volonté s'écarte du modèle classique de la règle de rattachement en raison de son caractère non localisateur », *op. cit.* p. 121.

Toutefois, le « caractère localisateur » de l'autonomie de la volonté a été réaffirmé récemment par la Cour de cassation française ; dans un domaine où il était loisible à la Cour Suprême de s'affranchir des contraintes de la localisation.

Cf. Cass. soc. 12 février 1985, *R.C.D.I.P.*, 1986, p. 468, note M.-L. NIBOYET-HOEGY, qui relève que « la cour a induit la compétence de la loi française d'une localisation objective du contrat fondée sur la nationalité et le domicile en France de l'agent, concordant avec le lieu d'exercice de son activité... » (page 471).

Et cet auteur ajoute : « Sans doute, regrettera-t-on encore davantage que la Chambre Sociale n'ait pas mentionné la loi « normalement compétente » pour régir le contrat de travail : la loi du lieu d'exécution du travail à défaut de dispositions plus favorables de la loi choisie par les parties... », p. 473.

Et pour conforter cette orientation : cf. Cass. soc. 6 nov. 1985 et Chambre Mixte, 28 février 1986, *R.C.D.I.P.*, 1986, p. 501, note Paul LAGARDE.

Et sur l'ensemble de la question cf. B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel... », *op. cit.* p. 290 et ss, spéc. p. 291.

73. Cf. F. MORGENSTERN, « International conflict of Labour Law », *Genève*, 1984 ; P. RODIERE, « Conflits de lois en droit du travail : Etude comparative », *Dr. Soc.*, 1986, n° 2, p. 118 ; Ph. FRANCESCAKIS, « Lois d'application immédiate et droit du travail », *R.C.D.I.P.*, 1974, p. 273 ; F. POCAR, « La protection... », *op. cit.* ; M.-A. MOREAU-BOURLES, « L'évolution récente de la jurisprudence dans le domaine de l'expatriation des salariés », *Dr. Soc.*, 1986, n° 1, p. 23 ; F. GAMILLSCHEG, « Règles d'ordre public dans le droit international privé du travail », *R.C.A.D.I.*, 1983.

74. Cass. Soc. 31 mai 1972, *R.C.D.I.P.*, 1973, p. 683, note P. LAGARDE, *J.C.P.*, 1973, II 17317, obs. G. Lyon-Caen.

75. Cf. Cass. Soc. 31 mars 1978, *R.C.D.I.P.*, 1978, p. 703, note A. Lyon-Caen, 25 janvier 1984, *R.C.D.I.P.*, 1985, p. 327.

Et pour la jurisprudence italienne, cf. Cass. Italie 6 septembre 1980, *Clunet*, 1983, p. 190, obs. CLERICI.

76. Cass. Soc. 5 mars 1969, *R.C.D.I.P.*, 1970, p. 280, note BATIFFOL ; *Clunet*, 1969, p. 670, note RIBETTES.

On remarquera, toutefois, que la jurisprudence française semble évoluer vers l'abandon de la faveur au travailleur.

Il semble, néanmoins, prématuré de faire un pronostic. En ce sens, M.-L. NIBOYET-HOEGY, *op. cit.* p. 473. Cf. L'on peut, peut-être, se référer également aux remarques finales de M. Paul LAGARDE, note sous Cass. Soc. 6 novembre 1985 et Chambre Mixte 28 février 1986, *loc. cit.*

77. Cf. note sous Cass. soc. 31 mai 1972, préc.

La jurisprudence française semble répondre par la négative à cette interrogation. En ce sens : Cass. soc 6 nov. 1985 et Chambre Mixte 28 février 1986, préc.

Sur le fondement de cette évolution cf. la note précitée de M. Paul LAGARDE sous ces arrêts, notamment p. 507, et la référence faite à M. Fausto POCAR, « La protection... », *op. cit.*

78. Cf. NIBOYET, *Traité*, tome V, n° 1398 ; *adde*, FRANCESCAKIS, « Lois d'application immédiate et droit du travail », *op. cit.* ; Franz GAMILLSCHEG, « Règles d'ordre public dans le droit international privé du travail », *op. cit.*

79. Cf. notamment C. E. 29 juin 1973, *R.C.D.I.P.*, 1974, p. 344 Concl. N. QUESTIAUX ; *adde*, Ph. FRANCESCAKIS, « Lois d'application immédiate... » préc., et les textes étrangers cités par P. RODIERE in « Conflit de lois en droit du travail : étude comparative », *op. cit.*

80. Cf. notamment la proposition de règlement C.E.E., du 23 Mars 1972 ; commentaire de M. P. RODIERE, *R.T.D.E.*, 1973, I.

Mais conférer, surtout, la Convention de Rome du 19 juin 1980 : commentaires de M. P. LAGARDE, in *Virg. Jour. of Inter. Law*, 1981, p. 19 et ss ; H. GAUDEMET-TALLON, « Le nouveau droit international privé Européen des contrats », *R.T.D.E.*, 1981, p. 215 et ss ; et le rapport de MM. GIULIANO et LAGARDE, *J.O.C.E.*, n° C 281 du 31 octobre 1980.

81. Sur le sens de cette orientation cf. Les remarques de M. Paul LAGARDE dans sa note sous Cass. Soc. 6 nov. 1985 et Chambre Mixte 28 fév. 1986, préc. *in fine*. En réalité la Convention distingue deux situations différentes. En ce sens cf. notamment P. LAGARDE in *Virg. Journ. of Inter. Law*, 1981, *op. cit. supra*, note 80.

Et sur l'application nuancée de l'idée de faveur par les juridictions des Etats membres cf. notamment, Bundesarbeitsgericht 4 mai 1977, *Clunet*, 1984, chron. C. KOHLER.

82. Cf. Paul LAGARDE, « Le « dépeçage » dans le droit international privé des contrats », *R.D.I.P.P.*, 1975, p. 649 et ss ; *adde*, P. MAYER, « Les lois de police étrangères », *Chunet*, 1981, p. 277 et ss.

83. Cf. les articles 4 et 5 de la résolution, *in Ann. Inst. Dr. Inter.*, 1971, II, p. 461.

84. Cf. PATOCCHI, *op. cit.*, n° 549 notamment, POCAR, « La protection... », *op. cit.* p. 398 ; dans le même sens Pierre MAYER, « Droit International Privé », 2° éd. *Paris*, 1983 ; SUTTON, *op. cit.* ; *adde*, Cass. 3 mars 1981, *D.* 1982, p. 285, note F. BOULANGER ; *T.G.J. Paris* 12 juillet 1982, *R.C.D.I.P.*, 1983, p. 461, note SANTA-CROCE.

85. Cf. J. GHESTIN, « Les contrats », *Paris*, 1980, n° 59 et n° 587 ; plus spécialement : — sur la loi québécoise, cf. *Trav. Ass.*, Henri CAPITANT, Tome 24, p. 415 et ss ; Sur la loi allemande, cf. BEN ABDERRAHMANE, *op. cit.* ; *adde*, VON HOFFMANN, la loi réglementant le droit des conditions générales d'affaires, *Rev. Int. Dr. Comp.*, 1977, p. 635 ; ROTH, *ibid.*, p. 359.

— Sur la loi anglaise, cf. compte rendu de P. LAGARDE, *R.C.D.I.P.*, 1980, p. 433.

— Sur la loi française, cf. notamment D. NGUYEN THANH, « Techniques Juridiques de protection des consommateurs » ; R. SAVY « La protection des consommateurs en droit français », *rev. Int. Dr. Comp.*, 1974, p. 591 ; Ch. GAVALDA, « L'information et la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit », *D.* 1978 *Chron. XXXVI*.

86. Cf. la loi autrichienne, la loi allemande, la loi suisse. Et sur l'ensemble cf. Imhoff-SCHIEER, « Protection du consommateur et contrats internationaux », *in Etud. suis. Dr. Inter.*, vol. 22, 1981.

87. Cf. POCAR, « La protection... », *op. cit.* ; en particulier la Convention de Rome sur la loi applicable au contrat ; cf. aussi I. PINGEL, « La protection de la partie faible en droit international privé », *Dr. Social*, 1986, n° 2, p. 133 et ss ; La question a été écartée de la Convention de la HAYE d'octobre 1985, sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises : cf. commentaire du doyen LOUSSOUARN, *R.C.D.I.P.*, 1986, p. 271, spéc. p. 294.

88. Cf. PATOCCHI, *op. cit.*, p. 128 et ss ; *adde*, I. PINGEL, *op. cit.* p. 137 et ss.

89. *Ibidem*.

90. Cf. le régime de la clause pénale en droit interne français. Et pour l'autonomie de la clause compromissoire, cf. Marie-Laure NIBOYET-HOEGY, note sous Cass. Soc. 12 fév. 1985, cité dans la note n° 62.

91. Cf. F. POCAR, « La protection... », *op. cit.* ; P. MAYER, « Les lois de police étrangères », *op. cit.* ; P. RODIERE, « Conflits de lois en droit du travail : étude comparative », *op. cit.*

92. *Ibid.* ; *adde*, B. KNAPP in la Protection des travailleurs de sociétés membres des groupes de sociétés.

93. Cf. notamment, PATOCCHI qui parle de « *favor laesi* », p. 191, et ss ; *adde*, P. BOUREL, *op. cit.* dans la note n° 34 qui parle lui de « *cumul électif* ».

94. Cf. les exemples tirés de la jurisprudence allemande cités par M. P. BOUREL, *op. cit.* p. 83 et ss.

95. Cf. la nouvelle loi yougoslave, la jurisprudence allemande, la loi suisse, le projet québécois. Et sur l'ensemble de la question cf. M. A. MOREAU-BOURLES, structure du rattachement et conflit de lois en matière de responsabilité civile délictuelle, thèse, *Paris II*, 1985.

96. Cf. l'article 9 de la Convention de la HAYE sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière ; commentée par M. H. BATIFFOL, *R.C.D.I.P.*, 1970, p. 215 et par M. Y. LOUSSOUARN, *Chunet*, 1969, p. 5.

97. Cf. F. CHABAS, « Le droit des accidents de la circulation après la réforme du 5 juillet 1985 », *L.I.T.E.C.*, 1985 ; *ibid.*, « Notion et rôle de l'implication du véhicule au sens de la loi du 5 juillet 1985 », *Gaz. Pal.* 2, 3, 4 février 1986, p. 2 et suivantes.

98. Sur les difficultés d'application de ce texte cf. P. LAGARDE note sous Cass. Civ. I, 2 octobre 1984, *R.C.D.I.P.*, 1986, p. 59 et ss. ; *Clunet*, 1985, p. 674 et ss, note R. DAYANT.

99. Contrairement à ce que pense M. POCAR, « La protection... », *op. cit.* p. 351, il semble bien que la protection accordée dépend de la faiblesse de la partie lésée. Il suffit pour s'en convaincre de constater que la loi française du 5 juillet 1985 sur les accidents de la circulation routière accorde une protection spéciale aux seules personnes ayant moins de 16 ans d'âge ou plus de 70. Comment justifier autrement cette rupture du principe d'égalité ?

100. Pour des illustrations de la pratique américaine cf. PATOCCHI, *op. cit.* p. 154 et ss ; *adde* M. A. MOREAU-BOURLES, thèse précitée.

101. Cf. FERRER-CORREIA, « Estudos varios de direito », Coimbra, 1982, notamment p. 321 et ss ; KEGEL, « The crisis... », *op. cit.*

102. Cf. commentaires de M. H. BATIFFOL, *R.C.D.I.P.*, 1973, p. 243 et ss ; Y. LOUS-SOUARN, *Clunet*, 1974, p. 32 et ss. ; VON HOOGSTRATEN, *Dr. Prat. Com. Intern.*, 1978, IV, p. 61 et ss.

103. Cf. PATOCCHI, *op. cit.* p. 194 et ss ; A. BUCHER, « Règles de rattachement... », *op. cit.* p. 53 et ss.

104. Cf. A. BUCHER, *ibid.*, p. 54, fait remarquer qu'il faut, peut-être, assortir le texte d'une réserve, alors qu'une commission d'experts propose l'utilisation d'une clause de réciprocité.

L'on sait, en effet, que la réciprocité conduit à l'application de la loi la moins libérale. En ce sens : Paul LAGARDE, « La réciprocité en droit international privé », *R.C.A.D.I.*, 1977, I, p. 102 et ss.

105. Cf. KNAPP, « Essai sur la sauvegarde de l'ordre et la protection des faibles en droit international privé », in *Mélanges François GUIBAN*.

106. Cf. les articles 117 à 122 du projet suisse.

107. Cf. Andrea GIARDINA, « La convenzione comunitaria sulla lege applicabile alle obbligazioni contrattuali e il diritto internazionale privato italiano », in *R.D.I.*, 1981, p. 795, spec. p. 805.

108. Cf. JUSSURUN d'OLIVEIRA, « Characteristic obligation in the Draft E.E.C. obligations convention », in *Am. Journ. Of Comp. Law*, 1977.

109. On peut citer également, l'article 7 b de la *L.R.D.C.* suisse, l'article 15, al. 2, de la loi hongroise, l'article 34 du projet suisse, l'article 12 du projet allemand, l'article 8 du projet québécois.

Pour les Etats-Unis, cf. WEINTRAUB, « Functional Developments in choice of law for contracts », *R.C.A.D.I.*, 1984, III, p. 236 et ss, spec. p. 259 et ss.

Toutes les codifications récentes ont repris la même solution.

110. Cf. FERRER-CORREIA, « Les problèmes de codification... », *op. cit.* p. 85 et ss.

111. Cf. la thèse de Mme BACHELLIER sur « l'apparence en droit international privé », *LGDT, Paris, LGDJ 1984 spéc. p. 144 et ss* ; *ADDE Préface* de P. LAGARDE et compte-rendu de P. MAYER, *R.C.I.P.* 1985 p. 591 et ss.

112. Cf. VON OVERBECK, « La Convention de la HAYE sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux », in *Ann. Suis. Dr. Int.*, 1977, p. 105 ; *adde*, G.A.L. DROZ, « Les régimes matrimoniaux en droit international privé », *R.C.A.D.I.*, 1974, III, p. 1 et ss ; PATA-RIN et ZAJTAY, « Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines », *Paris*, 1974.

112 bis. Cf. Paul LAGARDE, *Préface précitée note 114, notamment p. XVII et XVIII*.

113. Cf. l'exemple donné par VON OVERBECK in « *Cours général* », *op. cit.* p. 80.

114. Cf. LEGIER « La règle *locus regit actum* et les conflits de lois en matière de forme des actes », thèse.

115. Cf. P. LAGARDE, « Le dépeçage... », *op. cit.*
116. Cf. V. DELAPORTE, « Recherches sur la forme des actes juridiques en droit international privé ».
117. La liste n'est pas exhaustive.
118. Cf. PATOCCHI, *op. cit.* p. 37 et ss.
119. Cf. les commentaires du doyen BATIFFOL, in *R.C.D.I.P.*, 1977, p. 453, et du doyen LOUSSOUARN, au *Clunet*, 1979, p. 5.
120. Cf. le commentaire de Mme GAUDEMET-TALLON, précité, note n° 70.
121. Cf. les commentaires du doyen LOUSSOUARN, in *R.C.D.I.P.*, 1986, p. 271, précité note n° 77 ; P. LAGARDE, in *Travaux de la société de législation comparée*, 1985 ; D. COHEN et B. UGHETTO, « La nouvelle convention de la HAYE relative à la loi applicable aux ventes internationales de marchandises », *D.* 1986, *Chr.* XXV, p. 149 et 157 et ss.
122. Cf. G.A.L. DROZ, « Les nouvelles règles de conflit françaises en matière de forme des testaments... », *R.C.D.I.P.*, 1968, p. 1 et ss.
123. MM. BATIFFOL et LAGARDE, commentant la loi française de 1972, modifiant le droit international privé de la filiation se demandaient si une règle qui comporte quatre éléments de rattachement a encore un sens. Cf. « L'improvisation des nouvelles règles de conflits de lois en matière de filiation », *R.C.D.I.P.*, 1972, p. 1 et ss.
124. Cf. dans le même sens, F. RIGAUX, in *Mélanges SCHNITZER*, *op. cit.* p. 391.
125. Cf. Ph. FRANCESKAKIS, in *Répertoire de Droit International*, p. 496, n° 367.
126. Cf. P. GOTHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *R.C.D.I.P.*, 1971, p. 1, 209, 415, spéc. p. 425.
127. Pour un aperçu général de la conception anglo-américaine des *vested rights*, cf. MUIR-WATT, « Quelques remarques sur la théorie anglo-américaine des droits acquis », *R.C.D.I.P.*, 1986, p. 425 et ss.  
Et pour une analyse critique serrée de cette conception, cf. B. HANOTIAU, « Le droit international privé américain », *Paris, Bruxelles*, 1979, spéc. p. 15 à 23, n° 17 à 26.
128. Cf. PILLET, « La théorie générale des droits acquis », *R.C.A.D.I.*, 1925, III, p. 496 et ss ; ARMINJON, « La notion de droit acquis en droit international privé », *R.C.A.D.I.*, 1933, III, p. 103.
129. Cf. PILLET, *ibidem*, p. 497.
130. Pour un exposé de cette doctrine, cf. FERRER-CORREIA, « Les problèmes de codification... », *op. cit.* p. 180 et ss ; spéc. p. 184 ; VON OVERBECK, « Cours général... », *op. cit.* p. 168 et ss, spéc. p. 170 et ss.
131. Pour un exposé de la destinée de ce texte, cf. MAKAROV, « Les cas d'application des règles de conflit étrangères », *R.C.D.I.P.*, 1955, p. 431, spéc. p. 439 ; Baptista MACHADO, « Lições de Direito Internacional Privado », *Coimbra* 1974, p. 156.
132. Cf. « La codification du droit international privé », in *Trav. Com. Franc. Dr. Int. Privé*, 1956, p. 19 et ss.
133. En ce sens, FERRER-CORREIA, « Les problèmes de codification... », *op. cit.* p. 182 ; VON OVERBECK, « Cours général... », *op. cit.* p. 172.
134. *Ibidem*.
135. Cf. Ph. FRANCESKAKIS, note sous Rabat, 24 octobre 1950, MACHET, *R.C.D.I.P.*, 1952, p. 89 et sous Paris, 7 juillet 1954, PATINO ; P. LAGARDE, note sous Paris, 19 mars 1965, Banque Ottomane, *R.C.D.I.P.*, 1967, p. 85.
136. Cf. Jacques FOYER, in « Bibliographie : France », *Clunet*, 1971, p. 34, note 12.
137. Cf. FERRER-CORREIA, « La doctrine des droits acquis dans le système de règles de conflit bilatérales », in *MULTITUDO LEGUM, JUS UNUM, FESTSCHRIFT WENGLER*, Berlin, 1973, p. 285 et ss.



138. *Ibidem*, p. 319 ; *Ibidem*, « La codification... », *op. cit.* p. 189 ; *adde*, Baptista MACHADO, « Liços... », *op. cit.* p. 176.

139. FERRER-CORREIA, « Les problèmes de codification... », p. 188, n° 64. Plus loin, l'auteur ajoute : « C'est par conséquent, une idée de *favor negotii* ou de *favor validitatis* qui affleure directement dans notre texte et nous apporte toute l'explication... », p. 189, n° 65.

140. Cf. VON OVERBECK, « Cours Général... », *op. cit.* p. 176. Cet auteur souligne, toutefois, le fait que l'exigence de liens étroits entre la situation et la loi normalement compétente peut être une source de difficultés, lors de la reconnaissance des situations acquises à l'étranger.

141. *Ibidem*, n° 374.

142. *Ibidem*, n° 375.

143. L'on verra plus loin que la position respective des parties influe sur la détermination de la nature de la règle : ce qui est alternative pour le demandeur, est nécessairement un cumul pour le défendeur.

144. Cf. Ph. FRANCESKAKIS, in « Répertoire... », *op. cit.*, n° 188, p. 484.

145. Cf. E. VITTA, « Cours Général... », *op. cit.*, p. 59 qui s'exprime de la manière suivante : « ... Il n'y a pas un rattachement principal ni d'autres subsidiaires établis d'après un certain ordre, mais tous les rattachements sont sur le même plan... »

146. Cf. F. RIGAUX, « La méthode des conflits de lois dans les codifications... », *op. cit.*, et nos développements, *supra*, p. 49 et ss.

147. Cf. LEWALD, « Règles générales des conflits de lois », *R.C.A.D.I.*, III, p. 28, n° 15.

148. Cf. F. RIGAUX, « La méthode des conflits de lois dans les codifications... », *op. cit.*, p. 11, n° 10.

149. Cf. PATOCCHI, « Règles de rattachement... », *op. cit.*, p. 258, n° 526.

150. Il convient, en effet de se rappeler que selon le professeur Y. LEQUETTE, « ... Les magistrats ont désormais la perception claire que les règles de droit international privé qui visent l'obtention d'un certain résultat ne sont pas de véritables règles de conflits de lois... », (Cf. note sous T.G.I. de Paris, 30 avril 1985, *op. cit.*).

Par ailleurs, le professeur RIGAUX remarque que : « Quand à l'instar de la loi belge du 9 juillet 1975... la règle d'application immédiate choisit un critère alternatif, elle se dérobe évidemment à toute interprétation bilatérale... Pareille règle d'application immédiate s'apparente à une règle exclusivement unilatérale... », (Cf. « La Méthode des Conflits de lois dans les codifications... », *op. cit.*, p. 13, note 12. Dans le même sens LOUSSOUARN et BOUREL *op. cit.* p. 166 n° 133).

151. Cf. notamment, SIMON-DEPITRE, « Les règles matérielles dans le conflit de lois », *R.C.D.I.P.*, 1974, p. 591 et ss ; H. BAUER, « Les traités et les règles de droit international privé matériel », *R.C.D.I.P.*, 1966, p. 537 et ss ; VON MEHREN, « Special substantive rules for multistate problems : their role and significance in contemporary choice of law methodology », *Harvard law rev.*, 1974-1975, p. 347 et ss.

152. Cf. sur ce sujet, notamment, Klaus SCHURIG, « Kollisionsnormen und Sachrecht. Zur Struktur und Methode des internationalen Privatrecht », *Berlin, 1981* et le compte rendu de H. BATIFFOL, in *R.C.D.I.P.*, 1984, p. 407 et ss.

153. Cf. F. RIGAUX, « La méthode des conflits de lois dans les codifications... », *op. cit.*, p. 13, note 12.

154. Outre les auteurs cités, *infra*, note n° 209, on peut se référer à SIMON-DEPITRE et LEGENDRE, « La nouvelle législation sur les contrats d'affrètement et de transports maritimes et le droit international privé », *Clunet*, 1967, p. 598 et ss.

155. Cf. notamment, F. RIGAUX, « Les règles de droit délimitant leur propre domaine d'application », in *Annales Fac. Droit. de Louvain*, 1983, p. 302 et ss. LOUSSOUARN et BOUREL Dip p. 166 n° 133

156. Cf. notamment, sur le texte français, SIMON-DEPITRE et LEGENDRE, *op. cit.* ; Pierre MAYER, « Lois de police étrangères », *op. cit.*, *supra*, note n° 185 ; R. RODIERE, *op. cit.*, *ibidem*.  
Et sur le texte belge, Cf. F. RIGAUX, « Les règles de droit délimitant leur propre domaine d'application... », *op. cit.*

157. Cf. LEWALD, « Règles générales des conflits de lois », *op. cit.*, p. 29, n° 15, *in fine*.

158. Cf. *supra*, note n° 185. Cf. aussi LOUSSOUARN et BOUREL Dip. n° 132 p. 162-163.

159. Cf. Pierre MAYER, « Lois de police étrangères », *op. cit.*, p. 300, n° 25, *in fine*.

160. Cf. Le commentaire de ce dernier texte par VON HOFFMANN, in *R.C.D.I.P.*, 1977, p. 635.

161. Cf. PATOCCHI, « Règles de rattachement... », *op. cit.*, p. 145, note n° 479.

162. Sur l'existence de règles imparfaitement bilatérales dans les codifications récentes, Cf. F. RIGAUX, « Méthode des conflits de lois dans les codifications... », *op. cit.*, spéc. p. 21 et ss, n° 20. D'ailleurs, M. PATOCCHI semble admettre cette nature de la règle car, il relève que : « ... Le §12 AGB-G n'est pas une règle unilatérale parfaite ».

163. Cf. « Lois de police étrangères », *op. cit.*, p. 300, n° 25.

164. *Ibidem*.

165. Cf. F. POCAR, « La protection de la partie faible... », *op. cit.* ; Jacques FOYER, « Problèmes de conflits de lois... », *op. cit.*

166. Cf. Jacques FOYER, *Ibidem*, p. 88 et ss. Et, en outre, l'ordre public implique que l'effet de substitution opère *a posteriori*, alors que dans les règles à rattachements alternatifs, cet effet opère *a priori*.

167. Cf. Trib. civ. Bruxelles, 30 octobre 1970, *Clunet*, 1975, p. 348.

168. Cf. notamment l'exemple cité par Jacques FOYER, *op. cit.*, note 279, et les exemples.

169. LEWALD remarquait que ARMINJON lui proposait d'appeler ces rattachements « optatifs », plutôt qu'alternatifs. Cf. LEWALD, *Règles générales des conflits de lois*, *op. cit.*, p. 30, note N° 1.

170. Cf. Ph. FRANCESKAKIS, *Répertoire...*, *op. cit.*, p. 484, n° 188.

171. Cf. E. VITTA, *Cours général...*, *op. cit.*, p. 59.

172. Cf. QUINE, *Méthodes de logique*, *op. cit.*, p. 19 et ss.

173. Cf. La doctrine américaine dite des « *false conflict* ».

174. Cf. Jessurun d'OLIVEIRA, *De Antikiesregel*, *op. cit.*, p. 460.

175. BATIFFOL et LAGARDE, *L'improvisation...*, *op. cit.*

176. Cf. Jacques FOYER, *Problèmes de conflits de lois...*, *op. cit.*, p. 34, n° 45.

177. Cf. article 3, §1, de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

178. Cf. par exemple, Jacques FOYER, *Problèmes de conflits de lois...*, p. 107, notes nos 112 et 113.

179. Cf. Jacques FOYER, *ibidem*.

180. Cf. *RCDIP* 1986, p. 313, note Y. LEQUETTE.

181. Cf. nos développements, *supra*, n° 38.

182. Cf. Jacques FOYER, *Problèmes de conflits de lois...*, *op. cit.*, p. 107, note n° 112.

183. Cf. Cass. civ. I, 25 novembre 1986, *G.P.* 25-27 janvier 1987, sommaires p. 7, et *G.P.* 3-4 juillet 1987, p. 12, note J. MASSIP ; *R.C.D.I.P.* 1987, p. 383 et ss, note Lequette et Ancel.

183 bis. L'un des apports majeurs de cet arrêt est l'admission de l'application d'office de la règle de conflit. Ceci constitue un revirement de jurisprudence par rapport à la règle posée par l'arrêt *Bisbal*. Ce n'est pas ici le lieu pour en parler. On peut déjà, néanmoins, consulter avec profit la note de J. MASSIP, précitée et surtout celle de Lequette et Ancel.

184. Cf. *RCDIP* 1975, p. 474, note A.P., *Clunet* 1975, p. 542, note KAHN.

185. Cf. A. BUCHER, *Sur les règles de rattachement...*, *op. cit.*, p. 40.

186. Sur ce sujet, cf. notamment E. VITTA, *Diritto Internazionale Privato*, I, p. 284, notes nos 53 et 54.

187. Cf. FERRER-CORREIA, « Lições de direito internacional privado », ronéoté, *Coimbra* 1975 ; BAPTISTA-MACHADO, « Direito Internacional Privado », *Coimbra* 1979.

188. Cf. par exemple, NIBOYET, « Osservazione sugli art. 6-20 del titolo preliminare del progetto di codice civile italiano », in *Annuario di diritto comparato* 1933, vol. VII.I, p. 59.

189. Cf. PATOCCHI, *Règles de rattachement...*, *op. cit.*, p. 252, n° 513.

190. Cf. VON OVERBECK, *Cours général...*, *op. cit.*, p. 85, n° 186.

191. Cf. P. LAGARDE, note sous *Cass. Civ.I*, 2 octobre 1984, *RCDIP* 1986 p. 59 et ss, spéc. 63-64.

192. Sur ce sujet, cf. E. VITTA, *Diritto internazionale privato*, III, p. 229 et ss.

193. Cf. en ce sens P. LAGARDE, *op. cit.* supra note 194.

194. Comparer l'opinion exprimée par Jacques FOYER, in *Problèmes de conflits de lois...*, *op. cit.*, p. 107, note n° 113, citée *supra*.

195. Cf. PATOCCHI, *op. cit.* p. 256, n° 522 et ss ; A. TOUBIANA, « Le domaine de la loi du contrat en droit international privé : contrat international et dirigisme étatique », *Paris*, DALLOZ, 1972, spéc. 259.

196. Cf. Carrillo SALCEDO, « Le renouveau du particularisme en droit international privé », *R.C.A.D.I.*, 1978, II, p. 180 et ss.

197. Sur la notion de « norme primaire de droit international privé », cf. F. RIGAUX, « La méthode des conflits de lois dans les codifications et projets de codification de la dernière décennie », *R.C.D.I.P.*, 1985, p. 1 et ss, spéc. p. 18 et ss, n° 17. Et pour une analyse plus générale des notions de « normes primaires », cf. N. BOBBIO, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », in PERELMAN, « La règle de droit », *op. cit.* p. 104 et ss.

198. Cf. PATOCCHI, « Règles de rattachement... », *op. cit.* p. 262 et ss, spéc. n° 533 et ss ; n° 459 et ss.

199. Cf. B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel... », *op. cit.* p. 270 et ss, spéc. p. 279 et ss.

200. Cf. LOUSSOUARN et BOUREL, « Droit international privé », p. 369 et ss.

201. Cf. DE NOVA, « Solution du conflit de lois règlement satisfaisant du rapport international », *R.C.D.I.P.*, 1948, p. 179 et ss.

202. Cf. LOUSSOUARN et BOUREL, « Droit international privé », p. 471, n° 367.

203. *Ibidem*, p. 510, n° 401.

Ces auteurs font remarquer que : « ... Loin de consacrer le système de l'option et d'affirmer la compétence exclusive de l'une ou de l'autre loi, la jurisprudence se contenterait de déduire le rattachement de la localisation en France de l'un des éléments de la responsabilité, celui-ci pouvant être indifféremment suivant les circonstances soit l'acte fautif, soit le dommage... » (p. 510).

Ceci prouve bien qu'il n'y a pas en la matière de difficultés de localisation qui soient insurmontables, selon la méthode classique. Cf. Cass. civ. I, 8 octobre 1983, note Gérard LEGIER, *R.C.D.I.P.*, 1984, p. 123 et ss.

204. Cf. E. VITTA, « Diritto Internazionale Privato », Tome I, p. 282 et ss.

205. Cf. BATIFFOL et LAGARDE, *Droit International Privé*, I, p. 260, n° 216 ; PATOCCHI, « Règles de rattachement... », *op. cit.* p. 257, n° 524.

206. Cf. R. RODIERE, *Traité Général de Droit Maritime*, Tome II, n° 793 ; Pierre MAYER, « Lois de Police Etrangère », *op. cit.* p. 300 et ss, n° 25 ; LOUSSOUARN et BOUREL, *DIP* p. 162-163 n° 132. On remarquera que le résultat recherché n'est pas toujours atteint. En ce sens P. Mayer, *ibidem*.

207. Cf. l'article 3, § 3, de la loi belge du 9 juillet 1975, relative au contrôle des entreprises d'assurance, cité par F. RIGAUX, in « La méthode des conflits de lois dans les codifications et projets... », *op. cit.* p. 11, spéc. p. 13, note n° 12.

208. Cf. F. RIGAUX, *ibidem*, p. 24 et n° 2. Comparer, toutefois, à l'opinion contraire de M. PATOCCHI, « Règles de rattachement... », *op. cit.* p. 220 et ss, n° 453 et ss, qui ne semble pas emporter la conviction. L'on rapprochera, plus loin, l'unilatéralisme aux doctrines américaines. On peut consulter, d'ores et déjà, B. HANOTIAU, « Droit international privé américain », *op. cit.* p. 321 et ss.

209. Cf. H. BATIFFOL, *Droit comparé, droit international privé et théorie générale du droit (Le droit international privé et le caractère systématique du droit)*, *RIDC* 1970, p. 661 et ss, spéc. p. 673.

210. Dans le domaine du droit de la famille, cf. par exemple, Peter NORTH, *Development of rules of private international law in the field of family law*, *RCADI* 1980 I, p. 11 et ss.

211. Cf. par exemple, sur le système de droit international privé aux Etats-Unis d'Amérique, F-K. JUENGER, *General course on private international law*, *RCADI* 1985, V. p. 119 et ss, spéc. p. 227 ss.

212. L'expression est de M. Jacques FOYER, in *Problèmes de conflits de lois...*, *op. cit.*, p. 41, n° 64, *in fine*.

## **DEUXIÈME PARTIE**

### **LE FONCTIONNEMENT DU SYSTÈME ALTERNATIF**

89. — Le fonctionnement du *système alternatif* revêt une complexité certaine. Cela est dû au fait que la structure des règles qui y participent n'est pas toujours uniforme. C'est ainsi que, par exemple, *les règles à rattachements hiérarchisés*, avec fonction alternative, telles que celles prévues par la Convention de la Haye de 1973 relative à la loi applicable aux obligations alimentaires, ne fonctionnent pas du même mode que la règle édictée par l'article 311-18 du Code civil français, lequel n'établit aucune hiérarchie entre les rattachements qu'elle contient<sup>1</sup>.

C'est par conséquent, le concours entre les rattachements qui explique la complexité du fonctionnement du système alternatif<sup>2</sup>. Mais le problème peut se compliquer davantage lorsque dans un même système étatique, ou dans des systèmes différents, les règles en concours obéissent à des logiques différentes, ou ne participent pas du même esprit. Tel peut être, par exemple, le cas du système français qui met en concours les règles alternatives prévues par les articles 311-16, 311-17 et 311-18 du Code civil et la règle de facture classique de l'article 311-14 du même Code<sup>3</sup>.

La question se pose, alors, de savoir comment concilier toutes ces règles dont l'application est souvent subordonnée à la mise en œuvre préalable du rattachement contenu dans d'autres règles et dont le champ d'application dans

l'espace peut se recouper avec celui d'autres règles qui ne participent pas du même esprit. Peut-on les coordonner ? Par quels mécanismes ?

La réponse aux questions ainsi posées mérite une analyse préalable du problème dans toute son étendue. Aussi, le chapitre premier de cette seconde partie sera-t-il consacré aux problèmes suscités par *la coordination des lois intéressées au litige (Chapitre I)*.

Mais, les problèmes suscités par le fonctionnement des règles à rattachements alternatifs ne s'arrêtent pas là. Lors de son fonctionnement la règle à rattachements alternatifs peut se heurter à certains *incidents*. Ainsi, lors de son fonctionnement *dans l'espace*, la question peut se poser de savoir si le *renvoi* est ou non admissible. La réponse à cette question ne peut être recherchée qu'en portant le regard au-delà de la doctrine<sup>4</sup>. Il faut, pour rechercher la réponse, plonger le regard dans la diversité des solutions du droit positif<sup>5</sup>, pour essayer de voir s'il peut y avoir une réponse cohérente.

Le fonctionnement de la règle de conflit alternative peut se heurter, également, à un incident de fonctionnement *dans le temps*. Tel peut être le cas lors d'une *modification de l'élément de rattachement*. Tel peut être également le cas lors d'une *modification de la règle de droit*<sup>6</sup>.

Par quels mécanismes régler tous ces incidents ? On essaiera d'apporter une réponse à la question ainsi posée, en consacrant le *chapitre deuxième* à l'étude des *incidents de fonctionnement du système alternatif (Chap : II)*.

Enfin, l'analyse du fonctionnement des règles à rattachements alternatifs révèle qu'en raison du lien qui unit la structure de la règle à rattachements alternatifs à la finalité dont cette dernière est dotée, il n'est pas toujours possible d'obtenir le résultat escompté<sup>7</sup>. Ne peut-on pas, dans certaines hypothèses, faire appel au *principe de proximité* pour essayer de corriger le système alternatif ? Pour répondre à la question ainsi posée, un troisième et dernier chapitre sera consacré à *l'essai de correction du système alternatif par le principe de proximité (Chap : III)*.

## NOTES

1. Cf. en ce sens P. LAGARDE, note sous *Cass. civ. I*, 2 octobre 1984, *R.C.D.I.P.*, 1986, p. 59 et ss, spéc. p. 63-64, n° 6 et 7. Cet auteur relève la « similitude d'objet de la règle de désignation et de la règle de seuil », des dispositions de la Convention de la Haye du 2 octobre 1973 et montre par là même le mode particulier de fonctionnement de ces règles. (notamment p. 64, n° 7, *in fine*).

2. Sur les modalités de concours de rattachements Cf. notamment, E. VITTA, *Diritto Internazionale Privato*, I, *op. cit.*, p. 282 et ss, spéc. p. 286-287 ; E. RIGAUX, *Droit International Privé*, I, *op. cit.*, p. 246 et ss. ; I. MAGALHAES COLLAÇO, « *Da qualificação em Direito Internacional Privado* », *Lisbonne*, 1964, spéc. p. 237 et ss.

3. Pour des illustrations récentes des difficultés de fonctionnement de ces règles en raison notamment des différences de structure des lois en concours Cf. notamment : Paris 11 mai 1976, *Kostia*, *R.C.D.I.P.*, 1977, p. 109, note FADLALLAH *Clunet*, 1977, p. 656 note J. FOYER, D. 1976, p. 633 note MASSIP ; T.G.I., Paris, 12 juillet 1982, *R.C.D.I.P.*, 1983, p. 461, note SANTA-CROCE ; T.G.I., Paris, 30 avril 1985, *R.C.D.I.P.* 1986, précité. Et sur l'ensemble de la question Cf. notamment : D. MAYER « *Evolution du statut de la famille en Droit international Privé* », *Clunet* 1977, p. 447 et ss.

4. Sur la controverse doctrinale concernant l'admissibilité du renvoi, Cf. notamment Jacques FOYER, « *Requiem pour le Renvoi ?* », *Travaux du Comité Français de Droit International privé*, 1980-1981, p. 105 et ss et la discussion ; P.M. PATOCCHI, « *Règles de Rattachement...* » *op.cit.*, p. 284 et ss ; P. MAYER, « *Droit international privé* », *op. cit.*, p. 480, N° 599 ; p. 639, n° 795 ; BATIFFOL et LAGARDE, « *Droit International privé* », I, p. 363 et ss, n° 311.

5. Sur la diversité des solutions du droit positif, Cf. notamment : Cass. civ. I, 15 juin 1982, *R.C.D.I.P.*, 1983 p. 300, note Jean-Marc BISCHOFF, D. 1983, p. 431, note Eric AGOSTINI ; T.G.I., Paris, 20 avril 1982, *Clunet* 1983, p. 583, note J. DERRUPE ; Aix-en-Provence, 21 janvier 1981, *R.C.D.I.P.*, 1982, p. 297, note G. LEGIER et J. MESTRE. On peut comparer ces solutions à celles des droits : *Portugais* (art. 36 et 65 du C.civ), *Allemand* (art. 4, alinéa 1 et 2 EGBGB nouveau).

6. Pour une approche globale du problème, Cf. notamment : P. LAGARDE, « *Le droit transitoire des règles de conflit après les réformes récentes du droit de la famille* » in *Trav. Com. Fr. D.I.P.* 1977-1979, p. 89 et ss. ; HERON, « *L'application dans le temps des règles de conflit* », *R.C.D.I.P.*, 1987, p. 305 ; F. RIGAUX, « *Le conflit mobile en droit international privé* », *R.C.A.D.I.*, 1966, I., p. 329 et ss.

7. Pour un exemple de la coupure entre le souhaitable et le possible dans le fonctionnement des règles à rattachements alternatifs Cf. notamment : T.G.I. de Paris, 30 avril 1985, *R.C.D.I.P.* 1986, p. 313 et ss, note LEQUETTE ; *adde*, Nancy, 4 octobre 1985, *Clunet* 1986, p. 94 et ss, note GAUDEMET-TALLON. Cf. surtout la note de SANTA-CROCE sous T.G.I., Paris, 12 juillet 1982, *Rev. Crit.* 1983, 461, spéc., p. 468 et ss.



## CHAPITRE PREMIER

### La coordination des lois intéressées

*« Les règles du droit international privé ne doivent pas, pour des raisons démographiques, utiliser des points de rattachement donnant lieu à une différence entre le domaine d'application de la loi nationale et celui de la loi étrangère ».*  
*« Les règles du droit international privé doivent, en général, utiliser des critères susceptibles d'internationalisation, c'est-à-dire, notamment, susceptibles d'être adoptés dans des conventions internationales de manière à éviter des solutions discordantes d'un même cas concret dans des pays différents ».*  
*Résolution de l'Institut du Droit International.*  
*Ann. Inst. Dr. Int. 1952, vol. II, p. 473.*

90. — Le problème relatif à la coordination des lois intéressées au litige, dès lors que des règles à rattachements alternatifs se trouvent en concours, peut se poser de différentes manières, suivant les systèmes juridiques étatiques appelés à trancher le cas concret soumis à l'appréciation du juge<sup>1</sup>.

C'est que, souvent, en vertu de l'adéquation des faits à la prévision de plusieurs règles concurrentes, il peut y avoir la nécessité de résoudre le *conflit de rattachements*, pour donner au litige la solution adéquate<sup>2</sup>.

Il convient d'écarter, tout de suite, l'hypothèse dans laquelle l'application de la règle à rattachements alternatifs est soumise à la solution d'une *question préalable*<sup>3</sup>. Ici, en effet, le *concours des rattachements* ne se traduit pas, nécessairement, par un *conflit de rattachements* car l'application des rattachements alternatifs est conditionnée par la solution préalable d'une question extérieure au cercle des lois intéressées à la solution du litige<sup>4</sup>. L'effet de droit matériel résulte d'une volonté de l'auteur de la règle à rattachements

alternatifs. La volonté de l'auteur de la règle de conflit du système étranger, étant autonome, peut le contrarier et en empêcher la réalisation<sup>5</sup>.

L'hypothèse du conflit de rattachements se vérifie, d'une part, parce que la règle de conflit alternative peut se décomposer en autant de règles de conflits qu'elle contient de rattachements et, d'autre part, parce que les faits à la base du litige pouvant rentrer dans la prévision de règles différentes, dès lors qu'aucune de ces règles ne peut être absorbée par l'autre, un conflit entre elles peut surgir<sup>6</sup>.

Ainsi, par exemple, l'analyse du système français de conflit de lois, en particulier dans le domaine du droit de la famille, conduit à se demander comment la règle de facture classique de l'article 311-14 du Code civil peut se coordonner avec celles à rattachements alternatifs des articles 311-16, 311-17 et 311-18 du même Code<sup>7</sup>. Et l'on sait, en outre, que la loi du 3 janvier 1972 a établi une coupure entre l'ensemble constitué par l'établissement de la filiation et l'ensemble constitué par les effets de la filiation<sup>8</sup>.

La coordination des lois intéressées au litige apparaît, dès lors, comme une nécessité qui résulte de la *rationalité du système juridique* auquel on emprunte la règle de conflit, mais également comme une nécessité du *respect des ensembles législatifs*<sup>9</sup>. Aussi, après avoir étudié la nécessité de coordination des lois intéressées au litige (*Section I*), il conviendra de rechercher les modalités de coordination des lois intéressées (*Section II*).

## Section I

### La nécessité de coordination des lois intéressées

91. — Lorsque la règle de conflit alternative prévoit l'applicabilité de règles matérielles appartenant à plusieurs ordres juridiques, la question se pose de savoir comment sélectionner la règle matérielle que l'on va appliquer en l'espèce.

Si, par exemple, les règles matérielles issues d'ordres juridiques différents, produisent les mêmes effets juridiques en partant des mêmes conditions, *ces règles concurrentes se disent identiques*<sup>10</sup>.

Mais, les règles matérielles en concours ne sont pas toujours identiques. L'application de rattachements alternatifs conduit, le plus souvent, à des conflits entre les lois découlant des rattachements. La question se pose, alors, de savoir comment résoudre ces conflits. Et la difficulté provient du fait que l'auteur de la règle ne dit presque jamais quelle est la méthodologie de solution.

La pluralité de rattachements impliquant un concours entre eux, deux hypothèses peuvent être envisagées : soit les rattachements en concours conduisent à un résultat identique, mais non égal ; soit aucun de ces rattachements ne permet de répondre à l'intérêt des parties intéressées.

En effet, si les rattachements en alternative conduisent à des solutions totalement contradictoires, *l'esprit du système alternatif* impose comme solution l'application de la loi la plus favorable à l'obtention du résultat escompté.

Mais, il y a des cas plus compliqués. Ainsi, si par exemple, les rattachements en concours conduisent à choisir entre des lois partiellement (et non plus totalement) contradictoires, comment sélectionner la loi qui va, effectivement, régir le cas d'espèce ?<sup>11</sup> L'esprit du système alternatif implique, toujours, l'application de la loi la plus favorable. Mais, que décider lorsque sous un angle une loi apparaît plus favorable, alors que sous un autre elle l'est moins ? Ici, l'option n'est plus aussi facile que lorsque les lois en concours sont totalement contradictoires<sup>12</sup>.

Les préoccupations de *justice matérielle* se concilient, difficilement, avec les impératifs de la justice propre du droit international privé. D'où *la nécessité de coordination des lois intéressées au litige*.

91 bis. — C'est que l'auteur de la règle n'emprunte pas, généralement, une voie unique pour promouvoir le résultat par lui escompté. Il utilise, le plus souvent, toutes les possibilités offertes par la structure de la règle de conflit,

pour donner à la norme la formulation qui, selon lui, conduit le plus facilement à la réalisation du but de droit matériel qu'il s'est fixé.

Ainsi, par exemple, l'article 28, alinéa 3, de la loi yougoslave du 15 juillet 1982 dispose : « L'illicéité d'un fait est appréciée conformément au droit du lieu où le fait s'est produit, ou de celui où ses effets se sont réalisés ; si le fait s'est produit ou si les effets se sont réalisés en plusieurs lieux, il suffit que le fait soit illicite d'après le droit de l'un de ces lieux ».

Dans une règle de pareille formulation *l'alternative se réfère aux conditions* nécessaires pour l'obtention d'un résultat. C'est ainsi que lors de l'application de l'article 311-17 du Code civil français, qui dispose : « La reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité, est valable si elle a été faite en conformité, soit de la loi personnelle de son auteur, soit de la loi personnelle de l'enfant », les juges du fond n'ont pas hésité à dire que « ... ce texte, en effet, ne définit pas une règle de conflit de lois, mais se limite à poser les conditions de validité de la reconnaissance »<sup>13</sup>.

L'on peut comparer la formulation de ces règles, à celle de l'article 311-16 du Code civil français, qui dispose : « Le mariage emporte légitimation lorsque, au jour où l'union a été célébrée, cette conséquence est admise, soit par la loi régissant les effets du mariage, soit par la loi personnelle de l'un des époux, soit par la loi personnelle de l'enfant ».

Cette même formulation se retrouve dans les dispositions de l'article premier de la Convention de Rome du 10 septembre 1970 sur la légitimation par mariage, dont la teneur est la suivante : « Lorsque, selon les dispositions de droit interne de la loi nationale du père ou de la mère, le mariage de ceux-ci a pour conséquence la légitimation d'un enfant naturel, cette légitimation est valable dans les Etats contractants ».

92. — Lewadl<sup>14</sup> et, Cansacchi<sup>15</sup> distinguent ces types de règles, selon que l'alternative se réfère aux conditions nécessaires à l'obtention d'un résultat, ou à un effet juridique déterminé par l'auteur de la règle. Une telle distinction ne semble pas emporter l'adhésion car, par définition, toute règle à rattachements alternatifs se réfère à un *effet juridique* et suppose, pour son application que les *conditions* prévues dans son *présupposé* soient remplies<sup>16</sup>.

Mais il ne suffit pas, non, plus, de dire que les règles à rattachements alternatifs sont des règles substantielles internes qui prennent en considération des lois étrangères<sup>17</sup>. En réalité, les praticiens ne semblent pas avoir perçu toute la complexité de la structure de la règle de conflit alternative<sup>18</sup> lorsqu'ils déclarent que, par exemple, l'article 311-17 du Code civil français « ... ne définit pas une règle de conflit de lois, mais se limite à poser les conditions de validité de la reconnaissance »<sup>19</sup>. C'est que, toute règle juridique implique l'existence des conditions nécessaires à son application. La *disposition* de la norme ne se conçoit pas en dehors de sa prévision. C'est parce que les faits rentrent dans le champ de prévision de la norme que celle-ci est applicable<sup>20</sup>. C'est la raison pour laquelle une règle de conflits peut contenir dans sa prévision, l'énoncé des conditions nécessaires à son application. Pour que la règle matérielle puisse s'appliquer aux faits litigieux, encore faut-il qu'il y ait un rattachement suffisant entre lesdits faits et la loi désignée <sup>20 bis</sup>.

93. — L'existence de différents types de conditions est le corollaire nécessaire de la diversité des domaines dans lesquels des rattachements alternatifs ont été édictés pour régir des matières particulières. C'est parce que les règles à rattachements alternatifs sont des instruments de faveur que les conditions exigées ne conduisent jamais à un même résultat, alors que le titulaire de l'option peut créer un concours de prétentions en se fondant sur des règles matérielles différentes.

Ainsi, parfois les conditions sont exigées pour évaluer la légitimité d'une conduite ou d'un état (§1), alors que, d'autres fois, les conditions exigées tendent à favoriser la validité d'un acte (§2).

**§1. — Conditions tendant à évaluer la légitimité d'une conduite ou d'un état**

94. — Reprenons les textes de l'article 28, alinéa 3, de la loi yougoslave et celui de l'article 311-17 du Code civil français.

Le premier de ces textes dispose : « L'illicéité d'un fait, est appréciée conformément au droit du lieu où le fait s'est produit ou de celui où ses effets se sont réalisés ; si le fait s'est produit, ou si les effets se sont réalisés en plusieurs lieux, il suffit que le fait soit illicite d'après le droit de l'un de ces lieux ».

Le second texte dispose : « La reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité est valable si elle a été faite en conformité, soit de la loi personnelle de son auteur, soit de la loi personnelle de l'enfant ».

Alors que le premier de ces textes pose les conditions relatives à l'appréciation d'une conduite (a), le second texte est relatif à l'établissement d'un état (b).

**A — Conditions relatives à l'évaluation d'une conduite**

95. — Lorsque l'auteur d'une règle à rattachements alternatifs, veut exprimer une faveur particulière à l'égard des victimes d'une certaine conduite, il édicte une règle à rattachements alternatifs posant les conditions nécessaires à l'évaluation de cette conduite. Tel est le cas de la disposition de l'article 28, alinéa 3, de la loi yougoslave.

La protection de la victime résulte du fait que l'illicéité du fait générateur de la responsabilité peut être évaluée à l'aune des différentes concrétisations des rattachements : soit le lieu où le fait s'est produit, soit le lieu où ses effets se sont fait sentir.

La question de savoir si l'auteur de l'acte illicite devait ou non prévoir les conséquences de sa conduite n'est pas prise en considération, en l'espèce, par l'auteur de la règle, qui semble considérer que la *favor laesi* doit l'emporter sur des considérations générales de justice.

Mais, d'autres problèmes peuvent surgir, tels que celui relatif à l'établissement du *quantum* de la réparation. Si, par exemple, une loi étrangère considère une conduite comme illicite, alors que la loi du for la répute licite, le juge doit-il appliquer la loi étrangère dans toute son étendue, ou peut-il limiter son application au montant de réparation admis par la loi du for, dans les cas où elle admet une responsabilité ?<sup>21</sup>

L'objection est sérieuse, et elle montre bien que la rupture d'égalité entre *lex fori* et droit étranger, de même que la rupture de l'égalité entre les parties, peut être source de complication dans la recherche d'une solution satisfaisante de l'affaire.

Aussi, l'article 31 du projet québécois fait régir la responsabilité extra contractuelle par la loi du domicile du demandeur au moment de la survenance du fait générateur du préjudice, tout en accordant au défendeur la possibilité d'opposer la licéité du fait générateur ou l'absence d'obligation à réparation dans le pays où le fait générateur s'est produit, si celui-ci est aussi le pays de son domicile.

La loi hongroise donne à la question une solution qui se rapproche de celle qui vient d'être évoquée, dans la mesure où, selon l'article 32, la responsabilité extracontractuelle est régie, en principe, par la loi du lieu du fait générateur, au moment où il s'est produit, mais l'on peut faire application de la loi du lieu du dommage, si elle est plus favorable à la victime. On exclut cependant toute option, chaque fois que l'auteur du dommage et la victime ont un domicile dans le même Etat. Dans ce dernier cas, c'est la loi de cet Etat qui s'applique.

La solution n'est pas tout à fait satisfaisante car l'on finit par reprendre à la victime ce qu'on semblait vouloir lui accorder. Si, en effet, les règles à rattachements alternatifs sont édictées dans ces matières pour exprimer une faveur à la personne victime du dommage, ne faut-il pas aller jusqu'au bout de la logique du système, et décider que c'est la loi favorable à la victime qui doit l'emporter dans tous les cas ? Une telle solution aurait le mérite de la cohérence, puisqu'en édictant des règles à rattachements alternatifs, l'auteur de la norme semble déclarer, implicitement mais nécessairement, que « la règle de conflit n'est pas neutre ».

Aussi, il semble que l'orientation prise par l'Avant-Projet de Convention Européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles est, encore, la plus cohérente<sup>22</sup>.

En effet, l'article 10, alinéa 1, de cet avant-projet disposait : « Les obligations non contractuelles dérivant d'un fait dommageable sont régies par la loi du pays où ce fait s'est produit »<sup>23</sup>. Et cet article se poursuivait comme ceci : « Toutefois, lorsque d'une part, il n'existe pas de lien significatif entre la situation résultant du fait dommageable, et le pays où s'est produit ce fait et que, d'autre part, cette situation présente une connexion prépondérante avec un autre pays, il est fait application de la loi de ce pays... ».

Aussi, sous réserve des difficultés d'harmonisation avec d'autres conventions déjà en vigueur, dont les Conventions de la Haye<sup>24</sup>, le projet de Convention C.E.E., de facture plus classique, semblait mieux répondre aux exigences de la « justice du droit international privé », en partant, non pas de l'intérêt des parties, mais de la localisation objective de l'affaire<sup>25</sup>.

Il apparaît, par conséquent, que lorsque la règle à rattachements alternatifs choisit la solution de faveur en indiquant les conditions relatives à l'évaluation d'une conduite, elle se heurte au problème de la coordination des lois en concours : non seulement lorsqu'il y a différence globale quant à

l'évaluation, elle-même, de la conduite litigieuse, mais également et surtout, lorsqu'il y a une différence dans le degré d'évaluation.

Il convient, maintenant, de rechercher comment le problème se pose lorsque l'auteur de la règle à rattachements alternatifs pose des conditions tendant à l'évaluation d'un état.

### *B — Conditions relatives à l'évaluation d'un état*

96. — Pour comprendre comment le problème se pose lorsque l'auteur de la règle à rattachements alternatifs, cherche à favoriser une partie en édictant les conditions relatives à l'évaluation d'un état, il convient de se rappeler que l'action en recherche de paternité est « l'action qui tend à établir ou consacrer un lien de filiation entre un homme et un enfant qui n'est pas légitime »<sup>26</sup>, de même que l'action en contestation de légitimité est celle « tendant à faire tomber la présomption de paternité d'un enfant, soit par un désaveu du mari, soit par une contestation de la femme, d'un enfant ou d'un tiers, soit pour transformer l'enfant en enfant illégitime, soit pour le faire légitimer par le véritable père »<sup>27</sup>.

Ainsi, par exemple, le paragraphe 21 de la loi autrichienne du 15 juin 1978 dispose : « La filiation légitime est régie en principe par la loi personnelle commune des époux au moment de la naissance de l'enfant ou, si le mariage a été précédemment dissous, au moment de cette dissolution. Toutefois, il y a lieu de choisir, parmi les lois nationales, celle qui est la plus favorable à la légitimité de l'enfant, à défaut de nationalité commune des époux ».

C'est dire que l'état d'enfant légitime peut être reconnu valable dès lors qu'il répond aux conditions exigées par la loi du père, ou par la loi de la mère, dès lors que ces derniers ne possèdent pas la même nationalité<sup>28</sup>.

La même solution est donnée par les différentes législations quant à l'évaluation de l'état d'enfant légitime. Ainsi, le paragraphe 287 du *Restatement second*, des États-Unis d'Amérique dispose : « L'enfant sera généralement déclaré légitime, s'il est considéré comme tel par le droit de l'Etat où l'auteur concerné avait son domicile au moment où a prétendument pris naissance l'état d'enfant légitime, ou de l'Etat où l'enfant était domicilié à l'époque de la reconnaissance par son auteur »<sup>29</sup>.

Dans tous ces cas, il convient surtout de remarquer, « ... la tranquille audace avec laquelle les législateurs mettent en balance les lois applicables »<sup>30</sup>.

L'on peut expliquer cette « audace », par le fait que « l'état » est indivisible et que « l'état » est unique. Ce sont cette unicité et cette indivisibilité de l'état qui en font un élément d'identification de la personne. La personne est ce que son état révèle. Dès lors, la nécessité d'identification de la personne impose l'acceptation de la solution donnée par l'une ou par l'autre des lois en concours.

Mais, ceci suppose la nécessité d'une coordination entre toutes les lois d'un système qui tendent à la détermination de l'état de la personne.

97. — Le nombre des rattachements en concours s'accroît, nécessairement, lorsque le concours de rattachements se double d'un concours de règles de conflit.

Il faut, alors, distinguer les deux cas qui peuvent se présenter : il se peut que le concours ait lieu entre une règle à rattachement unique et une règle à rattachements alternatifs ; mais il se peut, également, que le concours ait lieu entre deux ou plusieurs règles à rattachements alternatifs.

*a) Concours entre une règle à rattachement unique et une règle à rattachements alternatifs*

98. — Une illustration du concours entre une règle à rattachement unique et une règle à rattachements alternatifs, ainsi que des difficultés de mise en œuvre des dispositions de ce genre, peut être trouvée dans un arrêt de la Cour d'appel de Nancy, en date du 4 octobre 1985<sup>31</sup>. En l'espèce, statuant sur une demande en recherche de paternité, l'arrêt énonce que : « ... *L'article 311-14 du Code civil est une disposition de caractère général, qui ne souffre d'exception que dans les cas prévus par les articles 311-15 à 18, qui ne se trouvent applicables qu'en cas de contestation de reconnaissance d'enfant naturel et non de recherche de paternité...* »

Certes, la Cour d'appel de Nancy reprend les termes d'une décision antérieure rendue par la Cour d'appel de Paris<sup>32</sup>. Et, l'on sait, en effet, que les domaines respectifs des articles 311-16 à 311-18 n'ont pas été précisés par l'auteur de ces règles, qui ne couvrent d'ailleurs pas l'intégralité de l'ensemble législatif qu'elles réglementent<sup>33</sup>. Mais, suite aux critiques suscitées par cette dernière décision les juges du fond semblent avoir admis que l'article 311-17 s'applique à une contestation de reconnaissance d'enfant naturel<sup>34</sup>.

Cette dernière solution qui semble conforme à l'adage « *generalia specialia derogant* », n'efface, toutefois pas les hypothèses de concours ou de conflit entre les deux textes.

N'y-a-t-il pas, en effet, un « *droit propre de l'enfant à être reconnu par son père* », comme l'a affirmé la Cour Européenne des Droits de l'Homme, dans l'arrêt *Marcks* ?<sup>35</sup>. Si la réponse à la question ainsi posée devait être affirmative, on retrouverait posé le problème du concours des rattachements, cette fois-ci par suite d'un déplacement du fondement même de la solution.

C'est par le biais de l'*exception d'ordre public* que le problème se présenterait. Les rattachements alternatifs de l'article 311-17 du Code civil, en ce qu'ils marquent une faveur pour les recherches judiciaires de paternité, n'impliquent-ils pas que toute loi moins libérale doit être écartée, comme contraire à l'ordre public ? La doctrine<sup>36</sup> et la jurisprudence<sup>37</sup> ne semblent admettre l'exception d'ordre public qu'en cas de dépassement d'un certain seuil<sup>38</sup>.

Mais les problèmes plus directement liés au concours des rattachements peuvent résulter, dans l'hypothèse d'application du système français, soit de reconnaissances multiples fondées sur des lois différentes, soit d'une demande à fins de subsides fondée, elle aussi sur des lois différentes.

Dans un cas comme dans l'autre, l'éventail des lois en concours peut se trouver élargi. Et la solution du conflit n'obéit pas à une méthodologie générale. Elle doit être recherchée, dans chaque cas, en fonction d'un intérêt à protéger. L'entrée en vigueur de la Convention de la Haye du 2 octobre 1973 sur



la loi applicable aux obligations alimentaires, met en sommeil l'article 311-18 du Code civil, mais elle permet, en même temps de mieux vérifier l'existence d'un effet de seuil<sup>99</sup>.

Il est, donc, regrettable que dans son arrêt, la Cour d'appel de Nancy n'ait pas cru nécessaire de spécifier si les aliments accordés à l'enfant prennent leur source dans l'article 311-18 du Code civil ou dans la Convention de la Haye de 1973 sur les aliments. Cela aurait permis de clarifier un point : dans le cadre de la Convention, « *lorsque le créancier ne peut obtenir d'aliments du débiteur* » en vertu des rattachements prévus aux articles 4 et 5, il faut appliquer l'article 6. Par conséquent, « *La loi interne de l'autorité saisie* » ne s'applique que lorsque le juge a constaté que le créancier ne peut obtenir d'aliments du débiteur en vertu des rattachements antérieurs, qui permettent de savoir quelles sont « *les limites de l'obligation du débiteur...* », « *les délais de l'action...* » et « *dans quelle mesure...* » les aliments sont dus (*article 10*).

On le voit, la notion de loi de police n'intervient pas ici car, la loi du for ne s'applique pas par une volonté unilatérale de son auteur, mais parce que les conditions d'application des rattachements antérieurs ne sont pas remplies. C'est ce que la Cour de Nancy exprime dans un attendu, ainsi libellé : « ...le juge peut allouer des subsides à l'enfant, quand les conditions d'un des cas d'ouverture de l'action ne sont pas réunies ou que l'action en recherche de paternité a été écartée juridiquement sans que la paternité soit pour autant formellement exclue ; qu'en l'espèce cette paternité ne peut être rapportée suivant la loi portugaise, alors qu'elle aurait pu l'être si la loi française avait été applicable ».

C'est dire, d'une part que l'action à fin de subsides est détachée du lien de filiation et d'autre part que la loi française s'applique, non pas en vertu de sa *vocation unilatérale* à régir les faits, non pas parce qu'elle serait *d'application nécessaire* ou *immédiate*, mais plutôt en vertu de sa *vocation subsidiaire* car, « le juge tranche le litige selon les règles de droit qui lui sont applicables » (Cf. L'article 12 du nouveau Code de Procédure civile et l'Article 4 de la Convention de la Haye de 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires).

En somme, le défaut de coordination des lois intéressées au litige peut être source de complication, en cas de concours entre une règle à rattachement unique et une règle à rattachements alternatifs. Cette complication peut s'accroître en cas de concours entre deux ou plusieurs règles à rattachements alternatifs.

#### *b) Concours entre deux ou plusieurs règles à rattachements alternatifs*

99. — Les concours entre deux ou plusieurs règles à rattachements alternatifs élargit le nombre de rattachements ayant vocation à s'appliquer. La question se pose, alors, de savoir comment sélectionner le rattachement opératoire. Mais jusqu'où faut-il élargir l'éventail des lois éventuellement applicables ? Ou, comme s'interrogeaient les professeurs Batiffol et Lagarde, « une règle qui prévoit l'applicabilité de quatre lois différentes a-t-elle encore un sens » ?<sup>40</sup>.

Ainsi, par exemple, le système français peut créer des hypothèses nombreuses de concours entre les règles relatives à la reconnaissance d'un enfant

naturel et celles relatives à la légitimation et à l'obligation alimentaire<sup>41</sup>. La jurisprudence semble s'orienter vers une application successive des règles en concours car, d'une part il faut appliquer en priorité la loi qui exerce la protection la plus large et d'autre part, l'action à fins de subsides étant détachée de tout lien de filiation, il n'y a plus de lien de dépendance entre la loi régissant la filiation et celle régissant les aliments.

Au fond, dans toutes ces hypothèses de concours, il n'est pas difficile de remarquer que la sélection du rattachement opératoire n'est pas détachée du but politique poursuivi par l'auteur de la règle. Le rattachement opératoire est recherché selon une méthode analytique<sup>42</sup> car, l'on s'efforce à trouver pour chaque rapport de droit, « la loi qui convient mieux à sa nature », pour reprendre l'expression de Lewald<sup>43</sup>.

100. — En somme, le défaut de coordination des lois intéressées au litige conduit souvent à un dysfonctionnement du système alternatif<sup>44</sup>.

Un exemple du dysfonctionnement du système peut être trouvé dans le jugement rendu le 30 avril 1985, par le Tribunal de grande instance de Paris, dans une affaire où deux époux de même nationalité voulaient légitimer un enfant adultérin<sup>45</sup>. Pour refuser toute possibilité de légitimation, les juges du fond passent en revue tous les textes éventuellement applicables et concluent : « Attendu enfin que l'on ne saurait envisager une éventuelle application de l'article 311-15 permettant de tirer de la possession d'état dont jouirait l'enfant à l'égard de G..., et de son absence de possession d'état à l'égard de K..., toutes les conséquences qui en découlent selon la loi française, dont une possibilité d'application *a contrario* de l'article 334-9 ; qu'en effet il n'est pas satisfait aux conditions de résidence habituelle exigées par l'article 311-15, en ce qui concerne l'enfant légitime et ses père et mère... donner effet à la possession d'état quelle que soit sa non-conformité avec l'acte de naissance serait tenir le problème qui est soumis au Tribunal pour résolu *a priori* ».

La remarque est juste dès lors que les rattachements alternatifs prévus par les textes sont faits pour servir une politique de faveur pour l'enfant. Mais, cette critique ne se justifie plus si l'on analyse la décision non pas à la lumière des principes généraux qui régissent les règles à rattachements alternatifs, mais en recherchant la coordination des règles qui régissent le droit international privé de la filiation dans son ensemble.

Et sur ce plan, la remarque d'un autre commentateur de la même décision est importante : « Les rédacteurs de la loi du 3 janvier 1972... désireux d'apporter à chaque question un traitement adéquat, (...) ont fragmenté le statut de la filiation en multipliant les règles de conflit. De là, des difficultés d'articulation qui, comme en l'espèce, ruinent pour partie au moins les ambitions affichées »<sup>46</sup>. Et cet auteur ajoute : « ... Multipliant les branches de l'option au plan international et les passerelles au plan interne, le droit français paraissait bien offrir toutes les facilités pour que la légitimation fût admise. Or, bien loin d'accueillir la demande de la mère et de son second mari, le Tribunal la repousse... Cet état de choses provient lui-même de l'inconséquence d'un législateur qui témoigne sa faveur à un but, la légitimation, tout en soumettant

à une loi désignée par une règle de conflit de facture classique le moyen de l'atteindre, à savoir la destruction de la présomption de paternité... »<sup>47</sup>.

C'est dire que lorsque les règles à rattachements alternatifs posent les conditions nécessaires à l'évaluation d'un état, l'idée de faveur, véhiculée par les rattachements alternatifs, ne peut triompher véritablement que si toutes les règles du système, qui ont vocation à s'appliquer, se coordonnent. Un dysfonctionnement peut surgir, si la règle à rattachements alternatifs fait appel à une règle de conflit classique pour préciser les conditions de réception dans le système du for d'un état revendiqué par les personnes intéressées.

Ainsi donc, qu'il s'agisse de poser les conditions relatives à l'évaluation d'une conduite ou les conditions relatives à l'établissement d'un état, les règles à rattachements alternatifs ne réalisent qu'avec difficulté l'idée de faveur qu'elles véhiculent : soit parce que les lois en concours peuvent donner une différence de degré à l'évaluation de la conduite, soit parce que les lois en concours ne se coordonnent pas de manière harmonieuse.

Il convient, maintenant, de rechercher comment le problème est résolu lorsque la règle à rattachements alternatifs pose des conditions tendant à la validité d'un acte.

## §2 — Conditions tendant à favoriser la validité d'un acte

101. — Parmi les transformations du droit, l'évolution du formalisme est sans doute l'élément qui illustre le mieux le caractère systématique de cette discipline<sup>48</sup>. En effet, la distinction du fond et de la forme dans le règlement des conflits de lois, n'est plus un dogme intangible<sup>49</sup>. L'adoption d'un rattachement alternatif fait parfois disparaître la distance qui sépare la forme et le fond en rapprochant la frontière entre les deux faces de la médaille. Ainsi, la Cour de cassation française a pu énoncer dans un arrêt que : « ... La règle *locus regit actum* ne s'opposant pas à ce que les contrats internationaux soient passés en France en une forme prévue par la loi étrangère qui les régit au fond, la Cour d'appel a pu décider qu'il avait été loisible aux parties de donner aux cessions de droit d'auteur litigieuses, soumises par elles quant au fond à la législation fédérale des États-Unis, la forme de l'*assignment of copyright* admise par cette législation... »<sup>50</sup>.

L'interprétation alternative de la règle *locus regit actum* est, désormais, une donnée de fait indiscutable reconnue par la doctrine<sup>51</sup> et les législations récentes consacrent cette orientation. Ainsi, par exemple, l'article 2094 du Code civil du Pérou dispose : « La forme des actes juridiques et des instruments est gouvernée par la loi du lieu de leur passation, ou par la loi qui règle les rapports juridiques qui sont l'objet de l'acte... ». Et l'article 36 du Code civil portugais dispose : « La forme de l'acte juridique est régie par la loi applicable à la substance de l'acte. Toutefois, le respect de la loi en vigueur au lieu où l'acte a été passé suffit, sauf si la loi qui régit la substance exige, sous peine de nullité ou d'inefficacité, le respect d'une forme déterminée, même si l'acte a été passé à l'étranger ».

La rédaction de ces textes montre bien que la forme et le fond de l'acte juridique sont intimement liés, et que la volonté de favoriser la validité de l'acte s'exprime différemment lorsqu'on cherche seulement la validité formelle de l'acte, et lorsqu'on cherche la validité substantielle.

#### *A — Conditions tendant à la validité formelle de l'acte*

102. — Lorsqu'on adopte une règle à rattachements alternatifs pour favoriser la validité formelle de l'acte juridique, on se heurte généralement à un double écueil : le premier est celui de savoir si l'application alternative d'une règle édictée pour régir la validité d'un acte unilatéral a la même portée que l'application alternative faite pour valider en la forme un acte bilatéral<sup>52</sup> ; le second écueil est celui qui résulte de la qualification que l'on peut donner à une exigence déterminée, formulée par l'une quelconque des lois en concours. Un exemple de cette difficulté nous est donné par un jugement rendu le 24 avril 1980 par le Tribunal de grande instance de Paris, faisant application de la Convention de la Haye du 5 octobre 1961, sur la forme des dispositions testamentaires<sup>53</sup>.

En l'espèce, il était soutenu que le testament conjonctif rédigé en Norvège, conformément à la loi locale, ne pouvait avoir aucun effet sur un immeuble successoral sis en France car, l'article premier de la Convention de la Haye ne prévoit que la validité du testament établi selon les formes de la loi de la situation de l'immeuble.

Pour rejeter cette argumentation, le jugement énonce que : « ... L'interdiction de procéder à des testaments conjonctifs, édictée par l'article 968 du Code civil, est incluse dans les règles générales établies par ce Code sur la forme des testaments ; que cette prohibition qui n'a trait ni à la capacité personnelle des testateurs, ni à la validité des dispositions sur le fond prises par le testateur est relative à des conditions de forme et non à des conditions de fond ».

Se référant à V. Delaporte, le doyen Batiffol a pu relever que : « Le testament conjonctif est une illustration particulièrement frappante des liens, que l'auteur précité a étudiés, entre la forme et le fond : la prohibition de cette forme du testament est liée à la révocabilité de cet acte, qui est un de ses caractères essentiels »<sup>54</sup>. Ainsi M. Droz adopte la qualification « fond » du testament conjonctif<sup>55</sup>.

Mais la difficulté de qualification ne peut pas être gommée par l'adoption d'un large éventail de rattachements à option. L'idée d'équivalence<sup>56</sup> fait une trop faible part aux raisons historiques qui justifient l'existence des institutions<sup>57</sup>.

Au fond, il semble que la solution donnée par la Conférence de la Haye à la forme du testament est liée au caractère unilatéral de cet acte juridique<sup>58</sup>. Un acte bilatéral n'exige-t-il pas une solution, sinon différente, du moins plus nuancée ?

Cette nuance ou cette différence d'appréciation peut être retrouvée dans un arrêt rendu par la Cour de cassation française le 10 décembre 1974<sup>59</sup>, laquelle approuve l'annulation d'un contrat en la forme, en énonçant que les

prescriptions violées sont « *applicables à tout contrat passé en France, lorsque n'est pas établie la volonté des parties de soumettre la forme de leur contrat à la loi qui régit au fond celui-ci ou, à leur loi nationale* ».

Ce n'est pas la solution de l'arrêt Chaplin qui est ici reprise. Il s'agit d'une règle autre de rattachement de la forme des contrats, car elle semble rattacher, impérativement, la forme du contrat à une loi déterminée et ne semble exclure ce rattachement qu'au cas où les parties auraient choisi une autre loi. A défaut de choix, la loi du lieu de conclusion du contrat s'impose.

L'intérêt de la question réside ici dans le fait qu'un contrat n'est généralement pas un acte de coopération, mais plutôt le point de rencontre d'un conflit d'intérêts. Que ce conflit éclate et qu'il porte sur la validité en la forme de l'acte litigieux, il n'y a qu'un seul moyen de trancher le litige : se référer à la volonté des parties. Certes, selon l'article 1134 du Code civil, les contrats doivent être exécutés de bonne foi et souvent les litiges portant sur la forme d'un acte cachent la mauvaise foi de la partie qui se prévaut de ce vice. Mais n'est-ce pas un principe général de notre droit que la bonne foi est présumée ?

C'est dire que l'application alternative des rattachements est possible, mais encore faut-il que telle ait été la volonté des parties. N'y aurait-il pas contradiction à dire que la question relève de la loi d'autonomie, et de faire application d'une loi autre que celle que les parties ont choisie ?<sup>60</sup>

Ainsi, s'agissant de la loi applicable à la forme des actes bilatéraux, la Cour de Cassation semble revenir au fondement même de la *règle locus regit actum* : la nécessité de pouvoir s'informer immédiatement, sur place, des actes à accomplir pour éviter le risque d'erreur.

L'article 9 de la Convention de Rome, sur la loi applicable aux obligations contractuelles, qui soumet la forme des contrats alternativement à la loi du lieu de conclusion et à la loi régissant le fond soumet, néanmoins, impérativement la forme des contrats conclus par les consommateurs à la loi de la résidence habituelle de ces derniers.

Ici, c'est le caractère protecteur du formalisme qui l'emporte, montrant bien par là-même, que lorsqu'il s'agit de protéger l'une des parties à un acte bilatéral le critère fondé sur la *favor validitatis* ne permet plus de déterminer, en général, la loi applicable à la forme. La distinction entre fond et forme se renforce dans ce dernier cas<sup>61</sup>.

Il est donc possible de conclure que l'édiction de règles à rattachements alternatifs pour poser les conditions de validité, en la forme, des actes juridiques n'a pas la même portée lorsqu'il s'agit de réglementer un acte unilatéral et lorsqu'il s'agit de réglementer un acte bilatéral.

Et même lorsqu'il s'agit de réglementer un acte bilatéral, les rattachements alternatifs peuvent être source de complication, non seulement lorsqu'il faut concilier la loi d'autonomie avec les exigences particulières de forme, imposées par les législations intéressées, mais également lorsqu'il faut protéger l'une des parties à l'acte.

Il convient maintenant de rechercher comment le problème se pose lorsque des règles à rattachements alternatifs sont édictées, pour poser les conditions relatives à la validité substantielle de l'acte juridique.

*B — Conditions tendant à la validité substantielle de l'acte*

103. — Lorsqu'on édicte des règles à rattachements alternatifs contenant les conditions de validité substantielle de l'acte, c'est la *favor negotii*, que l'on cherche à faire triompher.

Le domaine dans lequel les règles à rattachements alternatifs tendent à sauver l'acte d'une nullité éventuelle, non voulue par les parties, a tendance à s'élargir. Limité, au départ, à la capacité pour contracter<sup>62</sup>, ce domaine s'est élargi aux régimes matrimoniaux<sup>63</sup>, après avoir réglementé la reconnaissance d'enfant naturel<sup>64</sup>.

Ce qu'il faut remarquer dans tous ces cas, c'est que le fondement juridique n'est pas le même dans chaque cas. Dans le cas où il faut valider l'acte passé par un incapable, le rattachement alternatif se justifie par le fait qu'il faut protéger le tiers qui, de bonne foi, a contracté avec lui<sup>65</sup>. L'on cherche, par là-même, à préserver les droits de celui qui avait la croyance légitime de contracter avec un partenaire ayant la capacité pour le faire<sup>66</sup>.

S'agissant des régimes matrimoniaux, la solution est plus discutable, car elle suppose que le système juridique qui édicte des rattachements alternatifs fasse régir les régimes matrimoniaux par la loi d'autonomie<sup>67</sup>. Comment le problème se pose-t-il, en pratique ?

On suppose que l'un des époux contracte avec un tiers à l'insu de l'autre. Celui qui est resté dans l'ignorance de la tractation doit-il être également tenu de la dette ainsi contractée<sup>68</sup> ? Ou, posé en d'autres termes : le tiers qui est resté dans l'ignorance des dispositions du régime matrimonial des époux doit-il se voir opposer ce régime par celui des époux qui ne veut pas payer ?

La solution donnée à la question n'est pas la même que celle donnée dans le cas *Lizardi*. L'on peut, certes, invoquer également ici la croyance légitime du tiers et donc l'apparence. Mais, la différence de fondement vient du fait que dans le premier cas, le cas *Lizardi*, il s'agissait d'un problème de capacité, alors que dans le cas du régime matrimonial, il s'agit d'un problème de pouvoir<sup>69</sup>.

L'intérêt pratique de la distinction réside dans le fait qu'en cas d'incapacité, c'est l'incapable lui-même qui subit les conséquences de sa conduite, alors qu'en cas de défaut de pouvoir, on cherche à faire endosser par un tiers les obligations contractées sans son consentement.

Quoi qu'il en soit, l'article 9 de la Convention de la Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, ne permet aux époux d'opposer à un tiers, avec lequel ils ont contracté, les dispositions de leur régime matrimonial que si « ... des conditions de publicité ou d'enregistrement prévues par le droit de cet Etat ont été remplies, ou... le rapport juridique entre cet époux et le tiers a pris naissance alors que le tiers connaissait, ou devait connaître la loi applicable au régime matrimonial ».

Cette solution qui est reprise par l'article 57 de la loi suisse semble faire une extension discutable du rattachement *Lizardi*, en ce qu'il ne tient pas compte de la distinction entre capacité et pouvoir<sup>70</sup>, tout au moins au sens de la doctrine moderne<sup>71</sup>.

Le fondement de l'édiction de rattachements alternatifs dans le domaine du droit de la filiation pour valider un acte est tout autre. S'agissant d'un acte que l'on fait dans l'intérêt d'un tiers, c'est l'intérêt de ce tiers qui sert de fondement à la validité de l'acte<sup>72</sup>.

Mais on confond, généralement, la faveur pour une institution (la légitimation) avec l'intérêt de l'enfant (à légitimer)<sup>73</sup>. Le jugement précité, rendu par le Tribunal de grande instance de Paris, le 30 avril 1985, est une illustration de la distorsion qui peut en résulter.

En somme, lorsqu'on édicte des règles à rattachements alternatifs posant les conditions nécessaires à l'accomplissement de l'idée de faveur, que ces conditions soient relatives à l'évaluation d'une conduite, à l'établissement d'un état ou à la validité d'un acte, l'idéal de politique législative véhiculé par les rattachements alternatifs peut se trouver limité, sinon paralysé, en raison du dysfonctionnement ou d'une mauvaise coordination des lois qui participent à l'opération.

Ceci s'explique, essentiellement par les modes de satisfaire aux conditions posées par les règles à rattachements alternatifs.

C'est cet aspect de la question qu'il convient d'étudier.

## Section II

### Les modalités de coordination des lois intéressées

**104.** — Pour comprendre comment l'on peut satisfaire aux conditions posées par des règles à rattachements alternatifs, l'on peut se référer, à titre d'exemple, à la disposition de l'article 28, alinéa 3, de la loi yougoslave. Ce texte dispose : « L'illicéité d'un fait est appréciée conformément à la loi du lieu où le fait s'est produit ou de celui où ses effets se sont réalisés ; si le fait s'est produit ou si les effets se sont réalisés en plusieurs lieux, il suffit que le fait soit illicite d'après le droit de l'un de ces lieux ».

Ce texte illustre, parfaitement, le mode de satisfaire aux conditions posées par les règles à rattachements alternatifs : la satisfaction aux exigences de l'une au moins des lois en concours est nécessaire (§1), mais la satisfaction aux exigences d'une seule des lois en concours est suffisante (§2).

#### **§1. — La satisfaction aux exigences de l'une au moins des lois est nécessaire**

**105.** — L'idée selon laquelle la satisfaction aux exigences de l'une, au moins, des lois en concours est nécessaire, est une implication de la logique interne des rattachements alternatifs. Il ne peut pas y avoir application alternative de la règle sans la volonté de son auteur et aucune application alternative ne peut avoir lieu contre la volonté de l'auteur de la règle. Mais, dès lors que l'auteur de la règle en prescrit l'application alternative, la satisfaction aux exigences de l'une, au moins, des lois en concours est nécessaire.

Le jugement précité du Tribunal de Paris en date du 30 avril 1985, est bien l'illustration de ce que nous venons de dire. Pour rejeter la légitimation demandée, les juges du fond ont recherché si l'une au moins des lois en concours avait été satisfaite dans ses exigences.

Ainsi, ils passent en revue toutes les lois intéressées : « ... Si le mariage de Christian G..., de nationalité française, avec la mère peut certes emporter légitimation conformément à l'article 311-16, l'application de l'article 318 qui



pourrait en résulter est toutefois exclue, vu la déchéance encourue résultant de l'expiration du délai de six mois de mariage... »<sup>74</sup>.

« ... La circonstance que l'enfant ait fait l'objet d'une reconnaissance par un Français ne permet pas davantage la substitution de la loi française, à la loi réglant la filiation, encore que cette reconnaissance puisse être régie par la loi personnelle de son auteur conformément à l'article 311-17 ; que ce texte en effet ne définit pas une règle de conflit de lois, mais se limite à poser les conditions de validité de la reconnaissance... »<sup>75</sup>.

Enfin, « ... on ne saurait envisager une éventuelle application de l'article 311-15 permettant de tirer de la possession d'état dont jouirait l'enfant à l'égard de M. G... En effet, il n'est pas satisfait aux conditions de résidence habituelle exigées par l'article 311-15 en ce qui concerne l'enfant légitime et ses père et mère... »<sup>76</sup>.

C'est donc parce que les époux G... ne satisfaisaient pas aux exigences de l'une au moins des lois en concours, quant aux conditions nécessaires à la légitimation de leur enfant, que la demande a été rejetée par le Tribunal. Et l'on ne saurait faire grief à ce dernier d'avoir déclaré que « ... *l'impossibilité qui en résulte de conférer à l'enfant un statut d'enfant légitime, à la place de celui d'enfant légitime, ne saurait être tenue pour attentatoire à l'ordre public français, au sens du droit international privé, pour entraîner une substitution de la loi française à la loi étrangère que seule une réelle atteinte aux principes fondamentaux du droit français pourrait justifier* »<sup>77</sup>.

Il s'agit là d'une conséquence de la confusion, dont nous avons parlé, entre la faveur pour une institution (la légitimation) et la faveur pour une personne (l'enfant). Or, l'intérêt de l'enfant ne se confond pas nécessairement avec la faveur qu'on lui accorde. Ce fait n'est pas toujours suffisamment relevé.

*Le Tribunal compare des institutions* : la légitimité et la légitimation. « ... *L'impossibilité...de conférer à l'enfant, un statut d'enfant légitime à la place de celui d'enfant légitime...* » est-elle contraire à l'ordre public français ?

Pour répondre par la négative le Tribunal tient compte non pas de l'idée de faveur mais de la notion d'intérêt. Il semble considérer, en effet, que l'intérêt de l'enfant est satisfait par le maintien du statut d'enfant légitime de l'enfant, comme il le serait en lui accordant le statut d'enfant légitime. C'est cette équivalence des deux institutions, découverte par le Tribunal, qui semble justifier la solution par lui donnée au litige. Le législateur lui en a donné l'occasion en combinant des règles de facture classique avec des règles à rattachements alternatifs<sup>78</sup>.

Mais les conditions à satisfaire varient en fonction de l'effet juridique recherché par l'auteur de la norme à appliquer

**106.** — L'hypothèse dans laquelle l'option impliquée par les règles à rattachements alternatifs se réfère à l'effet voulu par l'auteur de la règle peut être illustrée par l'article 311-16 du Code civil français. Ce texte dispose, en effet : « Le mariage emporte légitimation lorsque, au jour où l'union a été célébrée, cette conséquence est admise, soit par la loi régissant les effets du mariage, soit par la loi personnelle de l'un des époux, soit par la loi personnelle de l'enfant ».

La Convention de Rome de 1970 sur la légitimation adopte une formulation semblable.

Lorsque la règle à rattachements alternatifs est formulée en ces termes, il faut distinguer les conditions générales exigées pour la concrétisation de l'effet souhaité (A), des conditions spéciales exigées pour la concrétisation de ce même effet (B).

#### *A — Conditions générales exigées pour la concrétisation de l'effet*

107. — Pour rechercher les conditions générales exigées pour la concrétisation de l'effet souhaité par l'auteur de la règle, on se réfèrera, à un arrêt rendu le 25 novembre 1986, par la Cour de Cassation française<sup>79</sup>, dont les termes sont les suivants : « Aux termes de l'article 311-16 du Code civil, le mariage emporte légitimation lorsque au jour où l'union est célébrée, cette conséquence est admise, soit par la loi régissant les effets du mariage, soit par la loi personnelle des époux, soit par la loi personnelle de l'enfant. Le juge devant trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables en vertu de l'article 12, alinéa 2, du Nouveau Code de Procédure Civile, *il appartenait à la Cour, saisie d'un litige relatif à l'exercice de l'autorité parentale sur un enfant, de rechercher, au besoin d'office, si celui-ci n'avait pas été légitimé selon la loi tunisienne, loi personnelle du père* ».

Cette décision illustre bien les conditions générales exigées pour la concrétisation de l'effet voulu par l'auteur de la règle. Elle montre, en effet, que la prévision de cet effet par l'une au moins des lois en concours est nécessaire.

108. — L'idée suivant laquelle la satisfaction aux exigences de l'une au moins des lois en concours est nécessaire, découle de la notion même de règle à rattachements alternatifs. La disjonction des rattachements sert à permettre l'exercice d'une option entre les rattachements. Et cette option se fera, nécessairement, en faveur de la loi qui permet d'obtenir l'effet voulu par l'auteur de la norme.

Mais encore faut-il que l'effet puisse se réaliser par l'une ou l'autre des concrétisations des rattachements en concours. Et il n'est pas certain que cela soit toujours le cas. Quoiqu'une telle constatation puisse sembler paradoxale, le jugement, précité, rendu le 30 avril 1985 par le Tribunal de grande instance de Paris, montre bien que la réalité dépasse, parfois, l'imagination des « *faiseurs de systèmes* »<sup>80</sup>.

Rappelons-nous. En l'espèce, la loi belge ne permettait pas la remise en question de la filiation légitime de l'enfant conçu pendant le mariage de sa mère et rendait par là-même impossible toute légitimation ultérieure. Et la loi française ? Les juges du fond expliquent sa non-application en ces termes : « ... Si le mariage de Christian G..., de nationalité française, avec la mère *peut certes emporter légitimation conformément à l'article 311-16, l'application de l'article 318 qui pourrait en résulter est toutefois exclue, vu la déchéance encourue résultant de l'expiration du délai de six mois de mariage*, ce délai s'analysant en effet en un délai préfix qui doit être soulevé d'office, et non en un simple délai de prescription »<sup>81</sup>.

Sans adhérer à la solution, nous sommes conduits à constater qu'elle découle d'une application rigoureuse des textes. L'auteur de la règle a multiplié les rattachements pour donner plus de chances à l'enfant d'être légitimé. Et en disposant dans l'article 311-16 que « le mariage emporte légitimation », il a cru que compte tenu du « mouvement des idées »<sup>82</sup> cet effet découlerait presque automatiquement du mariage<sup>83</sup>. Les juges du fond sont venus rappeler aux plaideurs que la seule volonté du législateur ne suffit pas. Que la jurisprudence peut être, elle aussi, source de droit<sup>84</sup>.

Aussi, il ne suffit pas de multiplier le nombre des rattachements, pour que l'effet voulu par l'auteur de la norme se réalise. Encore faut-il qu'il y ait une parfaite coordination entre les normes en concours. Encore faut-il, également, qu'il y ait une parfaite coordination entre les « normes primaires » et les « normes secondaires », entre les règles de conflits et les règles matérielles d'un même système. Encore faut-il, enfin, qu'il y ait une coordination parfaite entre les normes qui régissent les conditions d'existence de l'institution et les normes appelées à régir les effets voulus par l'auteur de la règle<sup>85</sup>.

Lorsqu'une règle de facture classique est la condition de la mise en œuvre de la règle à rattachements alternatifs, pour une question d'ordre du raisonnement judiciaire, celle-là doit nécessairement l'emporter sur celle-ci. L'effet voulu par l'auteur de la règle à rattachements alternatifs ne peut pas être conditionné par une règle qui ne participe pas du même esprit. Le but de politique législative poursuivi par l'une et l'autre de ces règles étant foncièrement divergent, le fonctionnement de l'une d'elles empêche le fonctionnement de l'autre.

Telle semble être la constatation qui s'impose lorsqu'on recherche pourquoi l'une, au moins, des lois en concours est nécessaire pour la concrétisation de l'effet voulu par l'auteur de la règle.

## *B — Conditions spéciales exigées pour la concrétisation de l'effet*

109. — La question relative aux conditions spéciales exigées pour la concrétisation de l'effet est due au fait que l'effet recherché dépend de la teneur des lois en concours. Ceci implique la nécessité de comparer les lois pour dégager l'effet. Dès lors, deux conséquences se dégagent : d'une part, la recherche d'une méthode de détermination de la teneur des lois en concours, d'autre part, la nécessité de prendre en considération la situation des parties.

C'est Kisch qui, le premier, a soulevé la question, en faisant remarquer que : « ... La confusion s'accroît, du moment qu'on décerne l'épithète « favorable » non pas à la loi qui protège une personne, mais à celle qui encourage un acte juridique. C'est en ce sens qu'on parle du *favor negotii*, du *favor contractus*, du *favor testamenti*, là où se manifeste une tendance marquée de validation. Cependant, la faveur accordée à l'acte ne justifie aucune conclusion quant à l'avantage ou au préjudice résultant de la validation pour les personnes intéressées »<sup>86</sup>.

La remarque est tellement juste qu'il suffit de se référer au jugement rendu le 27 décembre 1937 par le Tribunal civil de Thonon-les-Bains pour s'en rendre compte. En l'espèce, le Tribunal, saisi d'un litige dans lequel le créancier exigeait le paiement de la créance, a fait application de la loi du contrat à la prescription libératoire, au lieu de la loi du domicile du débiteur parce que cette dernière loi était plus favorable au débiteur<sup>87</sup>.

Aussi, la doctrine s'est efforcée de proposer une méthode de comparaison des lois en concours. L'on ferait tout d'abord, une comparaison des lois *in abstracto* et ensuite, une comparaison *in concreto*, en tenant compte de la situation respective des parties<sup>88</sup>.

La méthodologie proposée porte en elle-même ses propres limites. Celles-ci ont été mises en relief par la Cour de cassation de Belgique, dans un arrêt du 24 mars 1960, dont les termes sont les suivants : « *Le juge doit appliquer la loi personnelle de l'enfant naturel... non parce que, in casu, cette loi est plus ou moins favorable à l'intérêt de l'enfant naturel, mais parce que, du point de vue du droit international privé, cette loi est normalement la seule compétente pour déterminer ce que peut commander l'intérêt de l'enfant naturel* »<sup>89</sup>.

Aussi, un auteur, particulièrement attentif à ces questions, remarque que « *une telle comparaison n'est possible que si le but recherché dans la comparaison est clairement précisé...* »<sup>90</sup>. C'est dire que la méthodologie de comparaison n'est pas opératoire pour tous les types de règles à rattachements alternatifs. Et que, par conséquent, elle ne peut pas être généralisée. N'est-ce pas là un aveu d'impuissance ?

## §2. — La satisfaction aux exigences d'une seule des lois en concours est suffisante

110. — L'idée selon laquelle, en cas de rattachements alternatifs la satisfaction aux exigences d'une seule des lois en concours est suffisante, découle du fait qu'en matière de rattachements alternatifs, le choix de la loi se fait en fonction du résultat escompté, et que ce choix s'effectue par l'option exercée entre les rattachements.

Un exemple peut être trouvé dans une décision du Tribunal civil de Bruxelles, laquelle déclare : « *Le principe de la légitimation des enfants adultérins étant admis tant par la loi belge que par la loi française, il ne suffit pas que cette dernière l'admette de façon plus large pour que son application heurte nécessairement l'ordre public belge et doive être écartée* »<sup>91</sup>.

Il s'agissait d'une hypothèse dans laquelle la *lex fori* belge était plus restrictive que la loi française concernant la reconnaissance d'un enfant adultérin. Il a suffi que les conditions de la loi étrangère soient satisfaites pour que la reconnaissance soit déclarée valable. C'est l'idée de faveur véhiculée par les rattachements alternatifs qui triomphe en cas de divergence d'appréciation entre les lois en concours.

Cette idée est clairement exprimée par un jugement rendu le 27 janvier 1978, par le Tribunal civil de Liège, qui déclare : « Une législation étrangère plus favorable que la loi belge quant à la reconnaissance des enfants adulté-

rins, ne peut être considérée comme contraire à l'ordre public international belge »<sup>92</sup>.

L'article 28, alinéa 3, de la loi yougoslave exprime exactement le même principe, en disposant qu'une seule des concrétisations des rattachements en concours suffit à rendre illicite la conduite de l'auteur de l'acte.

L'on verra, plus loin, que cette idée ne va pas sans soulever des difficultés, car elle suppose comme point de départ du raisonnement, qu'il y ait une opposition irréductible entre les lois en concours. Mais la vie n'est pas aussi manichéenne que l'esprit des hommes. Parfois, la divergence entre les législations en concours ne porte que sur une différence de degré, et d'autres fois, il n'y a même pas de divergence du tout. Faut-il choisir, dans ce dernier cas, entre les législations concurrentes ? Et si la réponse, devait être affirmative, comment procéder ?<sup>93</sup>.

Il suffit, pour le moment, de constater que l'analyse des éléments intrinsèques des règles à rattachements alternatifs révèle que ces derniers ne sont pas toujours aptes à accomplir la mission qui leur a été assignée. Cela peut nous être révélé par l'étude des règles à rattachements alternatifs qui posent les conditions nécessaires à l'accomplissement de la faveur qu'elles véhiculent.

111. — L'idée suivant laquelle lorsque la règle à rattachements alternatifs se réfère à un effet, la satisfaction aux exigences de l'une des lois en concours suffit pour que l'effet recherché puisse se réaliser, est illustrée, par l'arrêt, précité, de la Cour de Cassation, en date du 25 novembre 1986.

Au-delà des apports multiples de l'arrêt, dont on soulignera plus loin l'importance, il convient de remarquer, tout de suite, que dès lors que l'article 311-16 du Code civil dispose que « le mariage emporte légitimation » et que le texte ouvre une option entre quatre rattachements pour la concrétisation de cet effet, il faut, mais il suffit, que l'une des branches de l'option permette la concrétisation de cet effet, pour que la légitimation voulue soit valable.

Mais il y a plus. Lorsque la règle à rattachements alternatifs se réfère à un effet, « ... il appartient à la Cour... de rechercher, au besoin d'office, si celui-ci (l'enfant) n'avait pas été légitimé selon la loi tunisienne, loi personnelle du père », dit la Cour de Cassation<sup>94</sup>. Ce qu'il convient de souligner, entre autres choses, c'est que le juge doit passer en revue toutes les lois en concours pour savoir si l'effet recherché ne s'est pas produit sous l'empire de l'une d'elles<sup>95</sup>.

Il y a, sur ce plan, une continuité dans la jurisprudence de la Cour de Cassation car, sous l'empire du droit antérieur à la réforme de 1972, la règle posée par la jurisprudence était la suivante : « dans la poursuite de l'établissement de sa filiation, l'enfant peut se prévaloir des dispositions qui lui sont le plus favorables, et notamment de la nationalité française acquise, même pendant l'instance, pour continuer la procédure en cette qualité »<sup>96</sup>.

C'est dire que dans l'éventail des lois qui ont vocation à s'appliquer, il suffit qu'une seule d'entre elles prévienne l'effet souhaité par la règle à rattachements alternatifs, pour que cet effet soit validé dans l'ordre du for.

112. — En conclusion à ce chapitre consacré à la coordination des lois intéressées au litige, il convient de relever que ce type de normes présente des traits

structurels qui lui sont propres et qui conditionnent aussi bien leur fonctionnement, que la méthodologie générale de solution des conflits de lois.

Tout d'abord, la volonté de l'auteur de la règle apparaît ici, plus que nul part ailleurs, comme un élément structurel des règles à rattachements alternatifs. Or, cette volonté n'étant pas toujours clairement décelable, il en résulte le plus souvent une distorsion dans l'application de la règle<sup>97</sup>. Le rôle créateur de la jurisprudence apparaît, ici, essentiel<sup>98</sup>.

Que les règles à rattachements alternatifs soient formulées de manière unilatérale ou bilatérale, leur structure externe est, le plus souvent, source de complication dans la mesure où les règles à rattachements alternatifs sont fondées sur un traitement inégal de la *lex fori* et du droit étranger<sup>99</sup>.

Ces éléments structurels extrinsèques ne sont pas les seuls à expliquer les difficultés de mise en œuvre des règles à rattachements alternatifs. Les éléments structurels intrinsèques concrétisent ces difficultés.

Ceci est dû au fait que le fonctionnement de ce type de règles exige une coordination des lois en concours, alors que, en pratique, cette coordination fait souvent défaut. C'est aussi que la structure des règles à rattachements alternatifs conduit à une nouvelle casuistique.

## NOTES

1. Pour une vue générale de la problématique Cf. Giuseppe SPERDUTI, « *Théorie du Droit International Privé* », *R.C.A.D.I.*, 1967 tome III, spéc. p. 296 et ss.

2. Cf. p. ex. G. SPERDUTI, *op.cit.*. Cet auteur remarque que : « La nécessité d'assurer le règlement unitaire des rapports de droit se heurte à des difficultés dans le cas où le critère d'application de lois, consiste en une circonstance susceptible de se présenter de manière à comporter le concours de plusieurs lois dans le règlement d'un même rapport... » p. 208.

3. Cf. cependant l'opinion de SPERDUTI, *op. cit.* p. 301. En réalité, il faut distinguer les situations dans lesquelles l'une des lois est muette, de celles dans lesquelles il y a un lien entre les solutions données par les lois intéressées. (Cf., en ce sens Pierre MAYER *Droit International privé*, p. 166 et ss).

4. Certains auteurs préconisent, en effet, l'application à la question préalable non pas de la loi désignée par la règle de conflit du for mais par la règle de conflit du système juridique désigné pour régir la question principale (Cf. p. exemple. WENGLER, « *Nouvelles réflexions sur les questions préalables* », *R.C.D.I.P.*, 1966, p. 165 ; P. LAGARDE, « *La règle de conflit applicable aux questions préalables* », *R.C.D.I.P.* 1960, p. 459 et ss ; comp. P. LOUIS-LUCAS, « *Qualification et Répartition* », *R.C.D.I.P.*, 1957, p. 158 et ss. Pour une illustration précise de la jurisprudence allemande, cf. *Bundesgerichtshof*, 4 février 1976, *Clunet* 1985, 163, note C. Kohler.

L'application combinée de la théorie des « *questions préalables* » et des règles à rattachements alternatifs peut être une source de complications multiples. (Cf. p. exemple P.M. PATOCCHI, « *Règles de Rattachements..* » *op. cit.* p. 293 et ss, spéc. n° 592 p. 295. Cet auteur propose le même rattachement à la question préalable et à la question principale, pour favoriser la réalisation d'un effet de droit matériel). Cf. également Batifol et Lagarde, tome II, n° 483, note 4 ; Ancel et Lagarde, *Grands arrêts*, p. 233 et ss.

5. Cf. par exemple, *OLG Frankfurt*, 14 avril 1981, *IPRax*, 1981, 176, cité également par Mathilde SUMAMPOUW, in « *Les Nouvelles Conventions de La Haye...* », Tome III, p. 37.

Et, pour des exemples des distorsions qui peuvent résulter de l'application du système français, Cf. HERZFELDER, *Les obligations alimentaires en Droit International Privé Conventionnel*, spéc. p. 161 et ss. ; Y LEQUETTE, « *Ensembles législatifs et droit international privé des successions* », *Trav. Com. Frs. dr. int. privé*, 1983-1984, p. 163 et ss.

6. Pour un exposé général, Cf., H. BATIFFOL, « *Réflexions sur la coordination des systèmes nationaux* » *R.C.A.D.I.*, 1967, Tome I. p. 169 et ss ; *adde*, I. MAGALHAES-COLLAÇO, « *Da Qualificação no Direito Internacional Privado* », spéc. p. 261 et ss.

7. Sur la position du problème cf. entre autres décisions, Nancy, 4 octobre 1985, *Clunet* 1987, p. 94, note H. GAUDEMET-TALLON.

8. Sur ce point Cf. notamment Y. LEQUETTE, « *Ensembles Législatifs et Droit International Privé des successions* », *op. cit.* note 5. Et dans la jurisprudence cf. notamment Paris, 3 mars 1981, *Rev. Crit.*, 1981, p. 496, note LEQUETTE.

9. Tout « *Ordre Juridique* » est entendu comme un ensemble ou un groupe de sous-ensembles législatifs cohérent. C'est la raison pour laquelle le respect des ensembles législatifs est un élément nécessaire à la sauvegarde de la cohérence d'un ordre juridique quel qu'il soit.

Et sur la nécessité de coordonner les systèmes en raison, notamment, du lien existant entre les institutions du droit civil interne et les règles de conflits de lois, cf. H. BATIFFOL in préface à la thèse de G. KHAIRALLAH, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, spéc., p. 2.

10. Pour une illustration prise dans la jurisprudence française, Cf. *T.G.I.*, Paris, 13 février 1979 *R.C.D.I.P.*, 1980, 79 note M.S.D. En l'espèce, un Français contestait la reconnaissance d'un enfant naturel, né d'une mère portugaise et légitimé par le mariage subséquent des parents.

Le Tribunal relève que : « ... conformément à l'article 311-17 du Code Civil, la loi française et la loi portugaise sont l'une ou l'autre applicables en matière de reconnaissance ; *qu'au regard de ces deux législations - article 339 du Code civil français ; article 1836 du Code civil portugais - la reconnaissance inexacte est annulable...* »

*Le Tribunal ne dit, cependant, pas quelle a été la règle matérielle appliquée pour prononcer la nullité. Est-ce l'article 339 du Code civil français ou l'article 1836 du Code civil portugais ? En faisant, ainsi, application de la « Règle d'antichoix » (Cf. Jessurun d'Oliveira, de Antikiesregel, op. cit., p. 460 et ss.) le Tribunal met en lumière l'un des dangers que les professeurs BATIFFOL et LAGARDE avaient perçu, dans l'analyse critique qu'ils ont fait de la réforme de 1972 relative aux conflits de lois en matière de filiation (Cf. « L'improvisation... », op. cit.).*

11. Pour une illustration de l'hypothèse ici envisagée, cf. Nancy, 4 octobre 1985, Clunet 1987, 94, note GAUDEMET-TALLON.

En l'espèce, statuant sur une action en recherche de paternité, la Cour d'Appel énonce : « *Attendu donc que si les cas d'ouverture de la recherche de paternité naturelle sont apparemment identiques en droit portugais et en droit français, l'interprétation par le Code portugais des conditions de ces cas d'ouverture est plus stricte et étroite dans la loi portugaise, par ses articles 1860 et suivantes* ».

Certes, énonçant préalablement que l'article 311-14 « ... contient une désignation directe et impérative de la loi applicable qui ne peut-être que la loi portugaise », la Cour d'Appel avait écarté toute possibilité d'option et la comparaison était, dès lors, inutile car, les juges du fond ne tirent aucune conséquence du rejet de la demande qui résultait de l'application de la loi portugaise. Mais, on peut se demander quelles auraient pu être les conséquences de cette apparente identité des lois portugaise et française que les juges ont relevée.

12. Cf. par exemple, T.G.I. Paris 30 avril 1985, R.C.D.I.P., 1986, 313, note Y. LEQUETTE. En l'espèce, les juges du fond relèvent que : « ... *L'impossibilité... de conférer à l'enfant un statut d'enfant légitimé à la place de celui d'enfant légitime ne saurait être tenue pour attentatoire à l'ordre public français au sens du droit international privé...* ». On remarquera, toutefois, que le Tribunal ne se prononce pas sur l'intérêt de l'enfant, alors que cette notion est au centre de l'évolution du droit de la filiation dans les grands systèmes contemporains. Cf. M. WINCKLER, *L'évolution de la légitimation en droit français et allemand*, Thèse strasbourg III, 1977 ; H. GROUDEL, *L'intérêt de l'enfant et le rôle du juge en matière de filiation*, Thèse, Poitiers, 1968.

13. Cf. T.G.I. Paris, 30 avril 1985, R.C.D.I.P., 1986, p. 313 et ss, note Y. LEQUETTE. Il ne semble pas, toutefois, que les juges aient raison. Ils semblent ignorer la distinction entre « règles primaires » et « règles secondaires » de droit international privé, d'une part et surtout que cette règle reste une « règle de rattachement ». La remarque du professeur LEQUETTE, selon laquelle : « ... Les règles de droit international privé qui visent l'obtention d'un résultat *ne sont pas de véritables règles de conflit de lois...* » (*ibid*), est plus proche de la réalité.

14. Cf. LEWALD, « Règles générales des conflits de lois », op. cit., p. 29 et ss, n° 16 et ss.

15. Cf. CANSACCHI, « Choix et adaptation... », op. cit., p. 102, n° 6, qui remarque : « M. LEWALD a très exactement noté que l'alternance établie par la règle de conflit peut se référer, soit aux conditions d'un effet juridique déterminé, soit directement à l'effet même en question... ».

16. Cf. déjà, nos observations sur la typologie proposée par J.P. LABORDE, qui semble reprendre l'analyse de LEWALD et CANSACCHI ; *supra*, n° 10.

17. Cf. par exemple, Pierre MAYER - *Droit international Privé*, n° 604 et ss ; LEQUETTE et ANCEL, « Grands arrêts... », *spéc.*, p. 149.

18. Cf. sur la complexité de la structure du système alternatif nos développements, *supra* n° 55 et ss.

19. Cf. T.G.I. Paris, 30 avril 1985, R.C.D.I.P., 1986, 313, note LEQUETTE, *précité*. Les juges du fond exagèrent le caractère substantiel de la norme et semblent oublier que l'applicabilité de celle-ci est conditionnée, d'une part par le caractère international du litige et d'autre part, par la mise en jeu des rattachements.

20. Cf. par exemple, ATIAS, « Le Mythe de l'Adéquation du droit au fait », op. cit..



20 bis. Le problème relatif au concours de normes juridiques est, généralement, étudié sous l'angle de la qualification : en droit pénal on parle souvent de *concours de qualifications*, en droit civil l'exemple le plus connu est celui du « *non cumul des responsabilités contractuelle et délictuelles* », en droit judiciaire privé, on connaît le problème sous l'angle du *concours des actions*. Dans le domaine qui nous intéresse le problème dépasse le terrain strict de qualification.

21. Cf. la discussion suscitée, sur ce sujet, par l'article 131 du projet suisse, in PATOCCHI, *Règles de rattachement...*, *op. cit.*, p. 172 et ss.

22. Cf. notamment, Paul LAGARDE, « Examen de l'avant-projet de Convention C.E.E. sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles », *Trav. Com. Fr. Int. Privé*, 1971-1973, p. 147 et ss. spéc. p. 188 et ss. ; VANDER ELST, « Projet de Convention C.E.E. sur la loi applicable : obligations non contractuelles », *R.T.D.E.*, 1975, p. 187 et ss.

23. L'on remarquera, au passage, que la Convention parle de « *fait dommageable* » et non pas « *d'acte illicite* », comme le fait, par exemple M. PATOCCHI. (*op. cit.*, p. 178 et ss).

Ceci a une portée pratique indéniable car, lors de la survenance d'un fait dommageable la question peut se poser de savoir s'il était ou non illicite. Comme le remarque le professeur VANDER ELST, lorsque la Convention vise le « *fait dommageable* » et non le « *fait illicite* », « ... cela signifie que la responsabilité risque et la responsabilité sans faute sont comprises dans cette expression », *op. cit.*, p. 189. L'on remarquera, également, qu'en droit français la responsabilité extracontractuelle résulte d'un « *fait* » et non d'un « *acte* ».

24. Cf. notamment, KARSTEN, in « Harmonisation of private international law by the E.E.C. », Londres, 1978.

25. Sur l'ensemble de la question, Cf. Jacques FOYER, « L'avant-projet de Convention C.E.E. sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles », *Clunet*, 1976, p. 557 et ss.

26. Cf. J.-F. AUBERT, « L'action en recherche de paternité », *op. cit.*, p. 104, notes n° 5.

27. *Ibidem* ; adde, P. LALIVE, « Conflits de filiation en droit civil et en droit international privé », *semaine judiciaire*, n° 39, 1966, p. 1 et ss.

28. La nouvelle loi de la RFA prévoit la même solution en ses articles 20 et 21.

29. L'article 2083 du Code civil du Pérou, précité, donne une solution semblable au conflit de lois.

30. L'expression est de Jacques FOYER, in « Problèmes de conflits de lois... », *op. cit.*, p. 34, n° 45.

31. Nancy 4 octobre 1985, *Clunet* 1987, 94 note H. GAUDEMET-TALLON, *précité*.

32. Cf. Paris, 11 mai 1976 *R.C.D.I.P.* 1977, 109 note FADLALLAH ; *Clunet* 1977, 656 note Jacques FOYER ; D. 1976, 633 note MASSIP ; Rép. Not. 1976. 970 note MASSIP.

33. Cf. en ce sens Pierre MAYER, « *Droit International Privé* », n° 603 et ss.

34. Cf. *T.G.I.*, Paris, 13 février 1979, *R.C.D.I.P.* 1980. 79, note M. SIMON-DEPITRE, *précité*. Et sur les difficultés de coordination des textes Cf. SANTA-CROCE, note sous *T.G.I.* Paris, 12 juillet 1982. *Rev.-crit.* 1983-461.

35. Cf. *C.E.D.H.*, 13 juin 1979, *Rev. Trim. Dr. Fam.* 1979. 227 ; F. RIGAUX, « *La jurisprudence belge après l'arrêt MARCKS* », *Rev. Crit. Jur. belge*, 1984, 605.

36. Cf. BATIFFOL et LAGARDE, « *Droit International privé* », tome II, n° 475 ; Pierre MAYER, *ibidem* n° 601 ; LOUSSOUARN et BOUREL, *ibidem*, n° 352

37. *T.G.I.* Paris, 30 avril 1985, *R.C.D.I.P.*, 1986. 313 note LEQUETTE, *précité*

38. Cf. par exemple *Cass. civ.I*, 9 octobre 1984, *R.C.D.I.P.*, 1985, 643, note Jacques FOYER. Cet arrêt déclare non contraire à l'ordre public français la loi californienne qui tout en ne prévoyant pas des cas d'ouverture de recherche de paternité tels que ceux de l'article 340 du Code civil français assure, néanmoins, de garanties sérieuses quant au respect de la vérité biologique.

*Comparer* : *Cass. civ.I*, 12 mai 1987, *Clunet* 1988. 101. La Cour de Cassation énonce dans cet arrêt que « *Le principe de la légitimation par mariage... traduit une conception fondamentale actuelle du droit français...* ».

39. Mme GAUDEMET-TALLON, dans son commentaire à l'arrêt rendu par la Cour d'Appel de Nancy le 4 octobre 1985, *précité*, se demande si l'on ne pouvait pas dire que les subsides ont été accordés à l'enfant en vertu d'une *loi de police*.

40. Cf. BATIFFOL et LAGARDE, « *L'improvisation...* » *op. cit.* Il faut, toutefois, remarquer que les règles conventionnelles sont souvent construites sur le même modèle. Ainsi, l'article I de la Convention de La Haye sur la loi applicable à la forme des dispositions testamentaire, prévoit l'applicabilité de plus de six lois différentes.

41. Cf. à titre d'exemple, *T.G.I.*, Paris, 30 avril 1985, *précité* et *T.G.I.* Paris 12 juillet 1982, *précité*.

42. Le procédé n'est pas nouveau. Cf. déjà ARMINJON, in *R.C.A.D.I.*, 1928, I. p. 433 et ss. Et pour une analyse récente en doctrine, cf. G. KHAIRALLAH, *Les sûretés mobilières*, *op. cit.*, p. 269 et ss.

43. Cf. H. LEWALD, *R.C.A.D.I.*, 1939. III., p. 24.

44. Pour un exemple de dysfonctionnement résultant du défaut de coordination entre la loi applicable à l'établissement et celle applicable aux effets de la filiation, Cf. notamment C.A. Paris 3 mars 1981, *R.C.D.I.P.*, 1981. 496, note LEQUETTE ; *T.G.I.*, Grenoble 18 mars 1985, *Clunet* 1986. 1014 note LÉGIER.

45. Cf. *R.C.D.I.P.*, 1986, p. 313, note Y. LEQUETTE, et observations Jacques FOYER, in « *Problèmes de conflits de lois...* » *op. cit.*, note 183.

46. Cf. Y. LEQUETTE, note *précité*, p. 315.

47. *Ibidem*, p. 317.

48. Cf. J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Etudes Ripert*, Tome I, p. 93 et ss.

49. Cf. sur ce sujet, P. LOUIS-LUCAS, « La distinction du fond et de la forme dans le règlement des conflits de lois », in *Mélanges MAURY*, tome I, p. 175 et ss.

50. Cf. Cass. civ., 28 mai 1963, « *CHAPLIN* », *Clunet*, 1963, p. 1004, note GOLMAN, *R.C.D.I.P.*, 1964, p. 513, note LOUSSOUARN.

51. Cf. notamment, PATOCCHI, *Règles de rattachement...*, *op. cit.* ; V. DELAPORTE, *Recherches sur la forme des actes juridiques en droit international privé*, T. BALLARINO, *Forma degli atti e diritto internazionale privato*, Padoue, 1970.

52. Cf. sur ce sujet, François RIGAUX, « La loi applicable à la forme des actes juridiques », *Mélanges SCHNITZER*, *op. cit.*, p. 381, et ss, spéc. p. 391 et ss.

53. Cf. *T.G.I.* de Paris, 24 avril 1980, *R.C.D.I.P.*, 1982, p. 685, note H. BATIFFOL.

54. Cf. note *précitée*, p. 690.

55. Cf. DROZ, in *Juriscl. dr. internat.*, fasc. 557-B, n° 69.

56. Cf. sur cette notion P. MALAURIE, « L'équivalence en droit international privé », *D.*, 1962, CHR. XXXVI.

57. Cf. les remarques du doyen BATIFFOL sur ce sujet ; note *précitée*, p. 690-691.

58. Cf. F. RIGAUX, in *Répertoire droit international*, V° *Testament*, n° 29 et ss.

59. Cf. Cass. civ., 10 décembre 1974, *R.C.D.I.P.*, 1975, p. 474 ; *Clunet*, 1975, p. 542.

60. Cf. notamment, l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 29 avril 1959, *R.C.D.I.P.*, 1959, p. 484, note LOUSSOUARN ; *Clunet*, 1960, p. 129, note GOLDMAN ; *D.*, 1959, p. 402, note G. Lyon-Caen. Cet arrêt énonçait, en effet : « ... qu'on doit admettre, en vertu du principe de l'autonomie de la volonté, que rien n'empêche les contractants de se référer à une autre loi qu'elles connaissent mieux et qu'elles ont choisie, que cette loi soit ou non la loi nationale des parties ». Et depuis cet arrêt, la Cour de Paris a continué d'établir un lien entre la règle applicable à la forme du contrat et l'autonomie de la volonté. Cf. notamment : Paris, 28 mai 1963, *R.C.D.I.P.*, 1965, p. 540 ; *ibidem*, 23 avril 1971, 1973, p. 58 note P. LAGARDE.

61. Une meilleure formulation consisterait à dire que dans les cas où il faut faire triompher un idéal de politique législative, traduisant une volonté de protection renforcée, la *favor validitatis* ne peut pas s'appliquer en matière de forme : Cf. notamment, l'article 36, alinéa 1, du Code civil portugais et l'article 65, alinéa 1, du même Code, ainsi que l'article 11, chiffre 2, de la loi espagnole.

Telle est, également, la règle posée par l'article 119, alinéa 3, de la loi suisse qui impose la forme de la *lex rei sitae* en matière immobilière.

62. On cite, le plus souvent, l'affaire *LIZARDI*, Cass. Req., 16 janvier 1861, D.P., 1862. I. 193 ; s. 1861. I. 305, note MASSÉ. Et sur l'évolution du « Rattachement LIZARDI », Cf. JOBARD-BACHELLIER, *L'apparence en droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1985, préface Paul LAGARDE.

63. Cf. l'article 9 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978, sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux et l'article 57 de la loi suisse.

64. Cf. l'article 311-17 du Code civil français et d'autres dispositions semblables des législations étrangères, citées notamment par Jacques FOYER, in « Problèmes de conflits de lois en matière de filiation », *op. cit.*

65. Cf. J. GUINAND, *Conflit de lois en matière de capacité*, Neuchâtel, 1970.

66. Cf. JOBARD-BACHELLIER, *L'apparence en droit international privé*, *op. cit.* p. 172 et ss. Cet auteur raisonne à partir de l'hypothèse de défaut de capacité du contractant, mais n'exclut pas l'application du « rattachement LIZARDI » à l'hypothèse de défaut de pouvoir. Cf. spéc. p. 175 et Pierre MAYER, dans le compte-rendu de cet ouvrage. R.C.D.I.P. 1985, p. 591 et ss. spéc. p. 598.

67. En ce sens, VON OVERBECK, « Cours général... », *op. cit.*, p. 80, n° 173.

68. Cf. l'exemple cité par VON OVERBECK, *loc. cit.*

69. Sur la distinction entre capacité et pouvoir, Cf. notamment, E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Economica, 1985, spéc. p. 48 et ss, n° 64 et ss.

70. Cf. sur cette distinction en droit international privé, COUCHEZ, *Essai de délimitation du domaine de la loi applicable au régime matrimonial*, Dalloz, 1972, n° 126 et ss ; I. FADLALLAH, *La famille légitime en droit international privé*, *op. cit.*, n° 138.

71. Cf. par exemple, E. GAILLARD, qui exprime l'idée en ces termes : « C'est cette définition du pouvoir comme aptitude à agir valablement dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien, qui ne préjuge pas l'existence d'un lien de représentation, sans toutefois l'exclure nécessairement, que nous retiendrons donc ici pour l'opposer à la capacité, aptitude à agir valablement pour soi-même ». (*op. cit.*, n° 75) Cf. également P. LAGARDE in préface à l'ouvrage de Mme JOBARD-BACHELLIER p. XVIII.

72. Cf. notamment, VON OVERBECK, « L'intérêt de l'enfant et l'évolution du droit international privé de la filiation », *op. cit.*

73. Cf. notamment, GEBLER, *Le droit français de la filiation et la vérité*, thèse, Nancy, 1966 ; GROUTEL H., *L'intérêt de l'enfant et le rôle du juge en matière de filiation*, thèse, Poitiers, 1968 ; WINCKLER M., *L'évolution de la légitimation en droit français et allemand*, thèse, Strasbourg, III, 1977 ; PONS B. *Le droit international privé de la filiation illégitime en RFA*, thèse, Rouen, 1977.

74. Cf. R.C.D.I.P., 1986, p. 315.

75. *Ibidem.*

76. *Ibidem.*

77. *Ibidem*, p. 314.

78. Cf. Y. LEQUETTE, *note sous cette décision*, *loc. cit.*

79. Cf. Cass. Civ. I, 25 novembre 1986 : R.C.D.I.P. 1987, 383 note Ancel et Lequette ; *Grands arrêts...*, p. 518, n° 65 : D. 1987, 558, obs. B. Audit ; G.P. 3-4 juillet 1987, p. 12, note J. Massip.

80. Nous empruntons au doyen RIVERO, le titre de son fameux article : « Apologie pour les faiseurs de systèmes », D., 1951, chr. p. 99.

81. Cf. R.C.D.I.P., 1986, P. 315.

82. Cf. P. MAYER, « Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois », *op. cit.*

83. Une idée assez proche de celle-ci est exprimée par le professeur RIGAUX, en ces termes : « Il fut un temps où la jurisprudence écartait assez aisément l'application de toute loi étrangère plus libérale que la *lex fori*, notamment à l'égard des filiations dont celle-ci tolérât l'établissement toléré par celle-là. Cette époque paraît aujourd'hui révolue et même si, en son état actuel, la législation belge demeure beaucoup moins avancée que celle de la plupart des pays voisins, les mouvements de réforme qui se dessinent contribuent à mieux tolérer l'application des lois étrangères ayant supprimé les prohibitions qui sont toujours en vigueur en Belgique », (Cf. *Droit international privé*, tome II, n° 992, p. 294).

84. Cf. sur ce sujet, notamment, BELAÏD, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge* ; O. DUPEYROUX, « La doctrine française et le problème de la jurisprudence source du droit », in *Mélanges Marty*, 1978, p. 463 et ss. ; Malaurie, « Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges », *Rep. DEFRENOIS*, 1980, 1. 861 ; E. SERVERIN, « De la jurisprudence en droit privé, théorie d'une pratique », 1985 ; « La jurisprudence », in *Arch. philos. droit.*, 1985, tome 30.

85. Cf. toutefois la curieuse décision rendue par le Tribunal de grande instance de Grenoble, le 18 mars 1985, *Clunet*, 1986, p. 1014, note G. LEGIER, qui applique l'article 311-14 à l'autorité parentale, alors que l'affaire était régie, dans son ensemble, par la Convention de la Haye du 5 octobre 1961 sur la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs.

86. Cf. I. KISCH ; « La loi la plus favorable... », *op. cit.*

87. Trib. civ. Thonon-les-Bains, 27 décembre 1937, *Clunet*, 1938, p. 279. Cf. également Cour d'Appel de Paris, 16 avril 1986, *Veuve Nasr cf. American Insurance Company*, G.P. 17-18 avril 1987, p. 11. L'arrêt écarte la loi libanaise prévue au contrat pour appliquer à celui-ci la loi française, plus favorable au débiteur, en ce qu'elle réputait prescrite l'obligation à l'inverse de la loi libanaise.

Cf. également, la remarque du doyen BATIFFOL, suivant laquelle : « Il y a quelques doutes sur le point de savoir si l'équilibre est vraiment juste quand il est obtenu par l'abandon au demandeur du choix de la loi applicable... », in « Le pluralisme des méthodes... », p. 133.

88. Cf. KISCH, « la loi la plus favorable... », *op. cit.*, p. 389, qui remarque : « Il faut... distinguer entre la faveur dans l'abstrait, et la faveur, en tant qu'elle se manifeste par rapport au cas concret » ; adde, Jacques FOYER, *Filiation illégitime et changement de loi applicable*, *op. cit.*, n° 171 et ss, p. 118 et ss. ; PATOCCHI, *Règles de rattachement...*, n° 605 et ss, p. 301 et ss, spéc. n° 611.

89. Cf. F. RIGAUX et G. ZORBAS, *Les grands arrêts de la jurisprudence belge*, p. 272.

90. Cf. Jacques FOYER, « Problèmes de conflits de lois... » *op. cit.*, p. 45, n° 76.

91. Cf. Trib. civ. Bruxelles, 30 octobre 1970, *Clunet*, 1975, p. 348. Et une décision antérieure du 18 février 1960, *R.C.D.I.P.*, 1960, p. 577, note RIGAUX, qui déclare : « Le principe de la reconnaissance des enfants adultérins étant admis, tant par la loi belge que par la loi italienne, les conditions plus larges posées par cette dernière ne suffisent pas à en rendre l'application contraire à l'ordre public belge ».

92. Cf. LENAERTS, « Le rôle joué par l'exception d'ordre public lors de la solution des conflits de lois en matière de filiation », *Rev. Trim. Dr. fam.*, 1983, p. 109 et ss., spéc. p. 114.

93. Nous reviendrons sur ce sujet. L'on peut, d'ores et déjà, consulter : JESSURUN d'OLIVEIRA, *De antikiesregel*, *op. cit.* ; Cf. également C.A. Nancy, 4 octobre 1985, *précité*.

94. Comparer aux propos du professeur Jacques FOYER, qui déclare sur ce sujet : « Selon une des interprétations possibles des articles 311-16, alinéa 1, et 311-17, c'est le juge qui choisit la loi qui valide la légitimation ou la reconnaissance... », in « Problèmes de conflits de lois... », *op. cit.*, p. 107, note n° 112.

95. La question de savoir qui choisit le rattachement opératoire, si le juge se borne à constater l'existence d'un choix, effectué par les parties intéressées, a été étudiée dans la première partie de cette recherche.

96. Cf. Cass. civ. I, 5 décembre 1949, *R.C.D.I.P.*, 1950, P. 165, note MOTULSKY ; *Chunet*, 1950, p. 180, note GOLDMAN ; *J.C.P.*, 1950. II. 5287, note DELAUME.

97. Sur la problématique des rapports entre l'organe chargé de l'élaboration de la loi et l'organe chargé de son application, Cf. notamment : F. OST, « L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur », in de KERCHOVE, *L'interprétation en droit : approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, 1978, spéc. p. 97 et ss.

98. Sur les raisons de cette attitude, Cf. notamment : Ph. GERARD, « Le recours aux travaux préparatoires et la volonté du législateur », *ibidem*, p. 51 et ss.

99. Cf. notamment, E. VITTA, « Il principio d'uguaglianza... », *op. cit.*, p. 32, qui relève : « On trouve à la base de ces législations, une sorte de nationalisme législatif qui fait recours à l'expédient de la pluralité des rattachements pour élargir le champ d'application de la *lex fori*, en restreignant par là-même les possibilités d'application du droit étranger ».

## CHAPITRE DEUXIEME

### Les incidents de fonctionnement du système alternatif

113. — Le fonctionnement du système alternatif n'est pas toujours paisible. Aux difficultés qui résultent de la nécessité de coordination des lois intéressées au litige, peuvent s'en rajouter d'autres qui résultent, cette fois, de ce qu'on peut appeler *incidents de fonctionnement*.

De quoi s'agit-il ? Il s'agit essentiellement de la question de savoir si le *renvoi* doit être admis lors du *fonctionnement* des règles à rattachements alternatifs, ainsi que de la question de savoir si l'on peut ou doit étendre au *conflit dans le temps* la solution donnée par l'adoption de rattachements alternatifs au conflit dans l'espace.

S'agissant de l'incident de fonctionnement des rattachements alternatifs dans l'espace, les législations étatiques ne règlent d'ordinaire pas directement la question<sup>1</sup> laissant ainsi le champ ouvert à des solutions jurisprudentielles, souvent, incohérentes<sup>2</sup>. La doctrine n'est, généralement, pas unanime dans les solutions qu'elle propose<sup>3</sup> et la question reste controversée<sup>4</sup>.

S'agissant de l'incident de fonctionnement dans le temps, le problème se pose car, en même temps que les législations contemporaines se réfèrent de plus en plus à des règles à rattachements alternatifs pour rechercher une solution satisfaisante des rapports juridiques<sup>5</sup>, les règles de droit transitoire<sup>6</sup> et les solutions proposées du conflit mobile<sup>7</sup> ne sont pas toujours en syntonie avec l'esprit qui préside à l'adoption des rattachements alternatifs.

C'est la raison pour laquelle il convient de s'attarder un peu plus sur ces questions pour essayer d'esquisser un bilan d'ordre général.

Aussi, deux sections seront-elles consacrées aux incidents de fonctionnement des règles à rattachements alternatifs. La première le sera à l'*incident de fonctionnement dans l'espace*, la seconde à l'*incident de fonctionnement dans le temps*. Dans la première section sera étudiée la question du RENVOI (Section I) et dans la seconde section on recherchera l'influence de l'élément temporel sur le fonctionnement du système alternatif (Section II).

## Section I

### Le système alternatif et le renvoi

*« Que le renvoi puisse fonctionner comme expédient pour arriver à une solution satisfaisante dans des cas spéciaux, personne ne voudra le contester ». Lewald, « La théorie du renvoi » R.C.A.D.I., 1929-IV-p. 615.*

114. — Le système alternatif s'écarte de la méthode classique du droit international privé, en ce que la désignation de la loi applicable n'est pas faite de manière générale et abstraite, mais en fonction du contenu même que ces normes renferment, puisqu'on vise un résultat bien déterminé.

Dès lors, la question se pose de savoir si le renvoi est encore admissible. Après avoir répondu à la question ainsi posée (§1) il conviendra de rechercher le fondement d'une admission éventuelle du renvoi (§2).

#### §1. — Le système alternatif et l'admissibilité du renvoi

115. — La controverse relative à l'admissibilité du renvoi dans le cadre du système alternatif est due, essentiellement, au fait que, selon la doctrine, lorsque l'auteur de la norme laisse aux parties le soin de déterminer la loi applicable, l'admissibilité du renvoi déjouerait l'expectative de ces parties<sup>8</sup>.

Pour mieux cerner la difficulté il convient de rechercher, tout d'abord, comment le problème se pose en étudiant la question du renvoi face à l'option des parties (A). L'on cherchera ensuite comment les législations contemporaines règlent cette question (B).

#### *A — Le renvoi face à l'option des parties*

116. — Le renvoi est-il incompatible avec l'option de législation offerte aux parties ? La question ainsi posée permet d'élargir les termes du débat car, elle englobe, la loi d'autonomie et la règle *locus regit actum*. Et c'est, en effet,

dans les matières soumises à la loi d'autonomie (contrats, régimes matrimoniaux) que les auteurs ont proposé l'exclusion du renvoi.

Mais, il convient d'opérer une distinction car le débat est en général faussé parce que les termes du débat ne sont pas les mêmes lorsque la question est posée *au plan général* (a) et lorsqu'elle se pose sur le terrain particulier des rattachements alternatifs (b).

*a) Les termes du débat : au plan général*

117. — Lorsque la question est posée au plan général, la doctrine dominante propose l'exclusion du renvoi « *en cas d'allergie de la règle de conflit* »<sup>9</sup> régissant certaines matières. Et quelles sont ces matières régies par des règles de conflit « allergiques » au renvoi ? MM. Loussouarn et Bourel citent les matières relevant de la loi d'autonomie, les régimes matrimoniaux et la forme des actes<sup>10</sup>. MM. Batiffol et Lagarde proposent des limitations au jeu du renvoi dont la règle *locus regit actum* serait la principale<sup>11</sup>. M. Pierre MAYER élargit, au maximum, les règles de conflit « allergiques » au renvoi. En effet, selon cet auteur : « Toute règle de droit international privé faisant dépendre le choix de la loi de la volonté des parties (*Loi d'autonomie*) ou édictant des *rattachements alternatifs*, exclut nécessairement le renvoi... »<sup>12</sup>.

Et l'auteur conclut que dans les domaines concernés la règle de droit international privé ... « comporte un élément de solution substantielle auquel son auteur (Législateur ou jurisprudence) n'est pas prêt à renoncer »<sup>13</sup>.

Il n'est pas certain qu'il en soit ainsi. En effet, les hésitations de la doctrine<sup>14</sup> ne font que refléter les hésitations que l'on retrouve en droit comparé positif<sup>15</sup>. Et, même en droit positif français, il n'est pas certain que l'exclusion du renvoi dans les domaines qui nous intéressent soit certaine.

Par exemple, en matière de régimes matrimoniaux le débat reste ouvert<sup>16</sup>. En matière d'application de la règle *Locus regit actum* la Cour de Cassation a consacré l'admission du renvoi<sup>17</sup> suivant en cela les propositions de la doctrine aussi bien française<sup>18</sup> qu'étrangère<sup>19</sup>.

118. — Il faut, peut-être, pour comprendre le sens du débat et mesurer sa portée, revenir au fondement même de l'admissibilité du renvoi en général. Que cherche-t-on, en effet, lorsqu'on se prononce pour l'admissibilité du renvoi ? C'est la recherche d'une « *coordination* » internationale des systèmes<sup>20</sup> ou d'une « *harmonisation* » internationale des solutions, qui est à la base de l'admissibilité du renvoi<sup>21</sup>.

Dès lors, le problème de l'admissibilité du renvoi dans les matières où le choix de la loi applicable est laissé au soin des parties, ne doit être détaché ni du souci de coordination des règles, ni de la recherche de l'harmonie des solutions. Mais, objectera-t-on, que faire de l'intérêt des parties ? La réponse à cette question peut-être énoncée de la manière suivante : si l'admission du renvoi répond à l'intérêt des parties, la seule limite à sa mise en œuvre ne devrait venir, en principe, que de la nécessité d'une coordination des règles<sup>22</sup>.



C'est ainsi que, dépassant les limites strictes de l'option de législation, M. Ferrer-Correia se demande s'il ne faut pas admettre le renvoi toutes les fois qu'il conduit à la validité d'un acte, après avoir proposé l'admission du renvoi en matière de forme des actes, sous le fondement de la *favor negotii* ou *favor validitatis*<sup>23</sup>.

Ici s'opère, semble-t-il, le passage du débat en termes généraux au débat particulier aux rattachements alternatifs.

*b) Les termes du débat : au plan particulier*

119. — S'il est vrai que les rattachements alternatifs se rapprochent de l'autonomie de la volonté en ce qu'ils supposent une option de législation applicable, il est tout aussi vrai que la transposition automatique des termes du débat tels qu'ils ont été posés au plan général, au cas particulier des rattachements alternatifs fausserait les données du problème. Pourquoi ? Parce que dans le système alternatif il faut déterminer, au préalable, le titulaire de l'option<sup>24</sup>. Certes, le plus souvent l'option appartient aux parties intéressées<sup>25</sup>. Mais il y a des cas où l'option appartient au juge saisi de la cause<sup>26</sup>. Doit-on, peut-on donner la même solution à chacune de ces deux hypothèses ?

Lorsque l'option de loi appartient aux parties, comme le prévoit l'article 311-18 du Code civil qui dispose : « L'action à fins de subsides est régie, *au choix de l'enfant*, soit par la loi de la résidence habituelle, soit par la loi de la résidence habituelle du débiteur », faut-il exclure le renvoi ?

Pour répondre à la question ainsi posée il faut rechercher la *ratio legis* du texte et la comparer à celle des matières régies par la loi d'autonomie. Que constate-t-on en procédant de la sorte ? Qu'en édictant des règles à rattachements alternatifs l'auteur de la norme visait un but précis qui est l'obtention d'aliments, alors qu'en matière contractuelle l'auteur de la norme se désintéresse du résultat à obtenir. Peu importe que le contrat soit valable ou qu'il soit nul en application de la loi choisie par les parties.

Et c'est d'ailleurs la raison pour laquelle on admettrait plus facilement le renvoi en matière de rattachements alternatifs, que dans les matières régies par la loi d'autonomie. Si l'intérêt de la partie qui bénéficie d'une option de législation est satisfait par le jeu du renvoi pourquoi exclure celui-ci, alors que l'option exercée ne permet pas toujours d'atteindre le but visé par l'auteur de la règle ? Peut-on poser comme postulat que le titulaire de l'option choisira toujours la loi qui lui permet d'obtenir le résultat qu'il recherche ?<sup>27</sup>.

Il a été soutenu que « ... les objectifs matériels de la règle de conflit du for semblent empêcher l'intervention éventuelle du renvoi qui déjouerait les intentions du législateur ou des parties »<sup>28</sup>.

Mais, l'objection ne semble pas décisive. Car, que décider lorsque l'intervention éventuelle du renvoi ne déjoue pas les intentions du législateur ou des parties ? Poser la question, c'est déjà y répondre.<sup>29</sup>.

Et d'ailleurs, si l'on admet le renvoi dans les cas où l'option appartient aux parties ne faut-il pas, *a fortiori*, l'admettre lorsque l'option appartient au juge saisi de la cause ? Pour répondre à la question ainsi posée il faut d'une

part constater que dans les matières régies par la loi d'autonomie, certaines législations admettent le renvoi chaque fois qu'il y a un *rattachement objectif du contrat*<sup>30</sup> et d'autre part que l'application de la règle *locus regit actum*, par exemple, implique une option exercée par le juge. Et ce n'est pas étonnant que les premiers cas dont la jurisprudence étrangère a eu à connaître et qui aboutissent à l'admission du renvoi constituent aussi les premières manifestations concrètes des rattachements alternatifs<sup>31</sup> : forme du testament, forme du mariage, etc.

Pour écarter l'admissibilité du renvoi en matière de rattachements alternatifs on prétend généralement qu'il ruinerait « le travail sur mesure » de l'auteur de la règle. Mais si la mesure est le but poursuivi par l'auteur de la règle, où serait le problème dès lors que le renvoi permettrait de l'atteindre ?

On le voit l'option de législation ne semble pas être un obstacle à l'admissibilité du renvoi. Et les législations contemporaines tendent à consacrer, le plus souvent, le renvoi.

#### *B — Le renvoi dans les législations contemporaines*

120. — Pour conclure à la nécessité d'exclure le renvoi dans les matières régies par des rattachements alternatifs, certains auteurs ont prétendu que le déclin du renvoi dans les législations contemporaines justifiait l'exclusion du renvoi dans les matières régies par des rattachements alternatifs<sup>32</sup>. Il ne semble, toutefois, pas nécessaire de faire un « *plaidoyer pour le renvoi* ». Cela a déjà été fait<sup>33</sup>. La question se pose, aujourd'hui, en d'autres termes : assistons-nous à l'agonie ou à la survie du renvoi ?

Certes, la plupart des textes, récents adoptent le système de la *référence matérielle*. La loi étrangère désignée est la loi substantielle à l'exclusion des règles de conflit<sup>34</sup>. Mais il est admis que la *Rückverweisung* peut jouer, la règle de conflit étrangère peut renvoyer à la *lex fori*. Mais d'une manière générale le renvoi est non seulement admis au premier degré mais également au second<sup>35</sup>.

121. — Ces législations admettent-elles le renvoi dans les matières où il y a une option de législation ? En matière d'obligations contractuelles la nouvelle loi allemande semble exclure tout renvoi, car elle s'inspire de l'article 15 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles<sup>36</sup>.

Mais, presque toutes les législations semblent admettre le renvoi pour la forme des actes<sup>37</sup>. Et si la loi allemande et la loi suisse excluent le renvoi dans les cas où le choix de la législation appartient aux parties, la loi autrichienne n'exclut pas le renvoi dans tous les autres cas où les parties peuvent choisir la loi applicable<sup>38</sup>.

Et il n'est pas certain que la loi suisse exclue définitivement le renvoi en matière de rattachements alternatifs car, le message du Conseil Fédéral suisse énonce : que le besoin du renvoi ne s'impose pas lorsque les parties peuvent choisir elles-mêmes le droit applicable. « Mais il en va autrement en matière

de statut personnel, notamment lorsque le droit désigné renvoie au droit suisse... »<sup>39</sup>. Or, c'est bien dans le domaine du statut personnel qu'on édicte le plus souvent des rattachements alternatifs »<sup>40</sup>.

122. — En somme, il convient de conclure à l'admissibilité du renvoi car l'existence d'une option laissée aux parties n'apparaît pas être un obstacle au jeu du renvoi, d'une part et, d'autre part, les législations contemporaines n'excluent pas le renvoi dans les matières régies par des rattachements alternatifs.

D'ailleurs, le message du Conseil Fédéral Suisse, précité, diffère-t-il de ce que la Cour de cassation française énonçait dans l'arrêt *Soulié* ?<sup>41</sup> « *La loi française de droit international privé ne souffre d'aucune manière du renvoi qui est fait à la loi interne française par la loi de droit international privé étrangère... il n'y a qu'avantage à ce que tout conflit se trouve ainsi supprimé et à ce que la loi française régie d'après ses propres vues des intérêts qui naissent sur son territoire* ».

Ce n'est donc pas *l'admissibilité du renvoi* qui pose problème. C'est, plutôt, *l'admission du renvoi* qui doit être expliquée. Ce sera l'objet du paragraphe deux de cette section.

## §2. — Le système alternatif et l'admission du renvoi

123. — L'admission du renvoi ne va pas sans poser des problèmes, car il ne s'agit pas en la matière d'un renvoi comme il est généralement pratiqué. S'agissant de la recherche d'un résultat le renvoi ne peut être admis que s'il permet d'atteindre ce résultat. La doctrine parle, alors, de renvoi *in favorem* (A). Mais un renvoi ainsi cantonné est-il encore un véritable renvoi ? (B).

### A — L'admission du renvoi *in favorem*

124. — L'admission du renvoi *in favorem* dans les matières régies par des rattachements alternatifs est soutenue par une partie non négligeable de la doctrine<sup>42</sup> et certaines législations étatiques la consacrent expressément<sup>43</sup>.

Une fois constatée l'admission du renvoi il convient de lui rechercher un fondement (a) et de délimiter son étendue (b).

#### a) La recherche d'un résultat : fondement autonome du renvoi

125. — Pour justifier l'exclusion du renvoi dans les matières régies par des rattachements alternatifs certains auteurs se fondent sur le fait que ces règles de conflit sont empreintes d'un contenu matériel qui risquerait d'être éludé par le jeu du renvoi.

Mais, loin de constituer un fondement à l'exclusion du renvoi, l'existence d'un contenu substantiel dans la règle de conflit, qui se traduit par la recherche d'un résultat peut constituer un fondement autonome du renvoi : C'est

que le renvoi est un *expédient* utilisé par les auteurs des normes pour permettre la réalisation d'un objectif : soit la coordination des systèmes, soit l'harmonie internationale des décisions.

L'on ne peut pas, par conséquent, résoudre la question en érigeant en principe soit l'admission, soit l'exclusion du renvoi. Comme il a été soutenu récemment, c'est dans le cadre de chaque règle de conflit que la question du renvoi doit être résolue<sup>44</sup>, surtout en raison du *pluralisme des méthodes en cours à l'heure actuelle*<sup>45</sup>.

L'admission du renvoi *in favorem* apparaît alors comme un *règlement subsidiaire*, qui, n'est en réalité qu'une variante de la théorie du renvoi. Et la question a été entrevue de longue date. Car, s'agissant de règles *optatives* ou *facultatives* il serait malaisé d'imposer un principe d'admission obligatoire du renvoi<sup>46</sup>.

La recherche d'un résultat devient un fondement autonome du renvoi car, contrairement à l'idée dominante les parties intéressées ne désignent pas une règle substantielle. Elles se bornent à désigner dans un système juridique la règle qui leur semble idoine à l'obtention d'un résultat. Et, en agissant de la sorte, les parties réalisent les vœux de l'auteur de la règle de conflit, car en désignant une pluralité de rattachements il a voulu que le résultat soit atteint. *Le résultat recherché n'est, assurément, pas l'application de telle ou telle loi, mais la réalisation du but qui constitue la ratio de la norme.* Que le but soit réalisé par l'application de la théorie du renvoi qui pourra s'en plaindre ! Mais, ne faut-il pas, alors, limiter l'étendue du jeu du renvoi ?

C'est à cette question qu'il convient, désormais, de répondre.

#### *b) Délimitation de l'étendue du renvoi*

126. — En admettant que le renvoi ne peut jouer que *in favorem* nous avons admis par là-même une limitation au jeu du renvoi.

Ce n'est pas sur ce terrain qu'on se placera pour étudier la question. Le problème qui se pose est le suivant : faut-il limiter le renvoi à l'intérieur du cercle des rattachements alternatifs prévus par la règle de conflit ? Ou faut-il élargir le cercle des rattachements par l'admission du jeu du renvoi ?

Le renvoi circonscrit au cercle des rattachements contenus dans la règle de conflit semble, *a priori*, inutile. En effet, selon les règles de fonctionnement des rattachements lorsque l'un d'eux ne permet d'obtenir le résultat escompté, on fait application de l'autre<sup>47</sup>. Or, le renvoi est généralement fondé sur la volonté d'application de la norme. Refuser sa compétence, dans le cadre des rattachements alternatifs, n'est-ce pas se refuser à réaliser l'objectif de droit matériel assigné par l'auteur de la règle ?

Aussi, l'application d'un autre rattachement ne résulterait plus du jeu du renvoi, mais de l'alternative voulue par l'auteur de la règle de conflit<sup>48</sup>. Le renvoi ne se conçoit qu'à l'extérieur du cercle des rattachements contenus dans la règle de conflit<sup>49</sup>.

L'admission du renvoi à l'extérieur du cercle des rattachements contenus dans la règle de conflit impose une double analyse : d'une part, celle de savoir quand ce renvoi peut jouer. D'autre part, s'il est légitime de le faire jouer.

Le renvoi peut jouer à l'extérieur du cercle des rattachements contenus dans la règle de conflit dans deux hypothèses :

127. — Tout d'abord lorsqu'aucun des rattachements prévus dans la règle de conflit ne permet pas d'obtenir le résultat escompté, alors qu'un rattachement extérieur au cercle permettrait d'y parvenir.

S'agissant des règles à rattachements alternatifs de la loi du 3 janvier 1972, MM. Loussouarn et Bourel font remarquer que : « à la différence de l'hypothèse du contrat, le renvoi doit donc être admis, puisque, s'il aboutit au résultat recherché, à savoir l'établissement de la filiation, il ne risque pas d'aller à l'encontre de la volonté des parties »<sup>50</sup>.

Cette même idée est exprimée, en droit comparé, par Ferrer Correia en ces termes : « Dans l'Avant-Projet du Code civil portugais se trouvaient quelques expressions de cette idée (*le renvoi in favorem*). Ainsi, d'après l'article 48, la légitimité de la filiation est déterminée par la loi nationale du mari de la mère au moment de la naissance de l'enfant ; si toutefois la mère et le mari de la mère n'ont pas la même nationalité, on appliquera la loi de leur résidence habituelle commune. Si la loi qui, conformément à cette règle, est applicable en l'espèce renvoie à l'autre législation qui y est également prévue ou à la loi personnelle de l'enfant, et que l'application de cette dernière loi conduise à ce que l'enfant soit considéré comme légitime, c'est elle que l'on devra appliquer »<sup>51</sup>.

La conclusion s'impose donc : Le renvoi *in favorem* à l'extérieur du cercle des rattachements est possible et souhaitable dès lors que les rattachements retenus ne permettent pas à la partie intéressée d'obtenir le résultat escompté<sup>52</sup>.

128. — Le renvoi *in favorem* à l'extérieur du cercle des rattachements contenus dans la règle de conflit doit être admis, ensuite, lorsque la matière est régie par, au moins, un rattachement impératif.

C'est l'hypothèse retenue par la Cour de Cassation dans l'arrêt *Zagha*<sup>53</sup>. Peut-on faire une extension de cette solution aux autres hypothèses de rattachements alternatifs ?

La réponse semble devoir être affirmative<sup>54</sup>. En effet, la Cour de Cassation se prononce par le biais d'un *obiter dictum* qui rend à l'arrêt de rejet une autorité qu'il n'aurait pas dans cette hypothèse<sup>55</sup>. En effet, ce qui est en jeu est le but de la règle et non le caractère *rigide* ou *souple* du rattachement. La question à laquelle l'interprète de la règle doit répondre est la suivante : le jeu du renvoi permet-il d'obtenir le résultat recherché ? Si la réponse est affirmative le renvoi doit être admis et dans l'hypothèse inverse il doit être exclu<sup>56</sup>.

Mais, un renvoi ainsi conçu est-il encore un véritable renvoi ? C'est à cette question qu'on essayera, maintenant, de répondre.

*B — Le renvoi « in favorem » est-il encore un véritable renvoi ?*

129. — L'idée de renvoi suppose l'acceptation de la compétence offerte par le droit étranger. Aussi, certains auteurs soutiennent que l'application d'un rattachement extérieur au cercle des lois prévues par la règle de conflit n'est qu'un « *pseudo-renvoi* »<sup>57</sup>. Ainsi, par exemple dans l'arrêt *Zagha* « ... l'on ne s'est pas préoccupé de savoir si ce prétendu renvoi était accepté par la loi syrienne... », remarque M. Pierre Mayer<sup>58</sup>.

L'objection ne semble pas décisive. En effet, comme le remarque M. Mayer lui-même la question de savoir si le renvoi était accepté par la loi syrienne « ...importait peu : il suffisait que la forme choisie par les parties fût acceptée en Italie »<sup>59</sup>. Au fond ce qu'on recherche, en admettant le renvoi *in favorem*, n'est pas tant la cohérence des règles de conflit, mais celle du droit interne : « ...les tribunaux ont toujours eu le sentiment que l'homogénéité de la loi interne importait plus que celle des règles de conflit », pour reprendre l'expression de Batiffol et Lagarde<sup>60</sup>. La question de savoir s'il s'agit, en l'espèce, d'un véritable ou d'un *pseudo-renvoi* perd, alors beaucoup de son intérêt<sup>61</sup>.

130. — A vrai dire, le mécanisme qui aboutit à l'admission du renvoi *in favorem* peut être expliqué de la manière suivante : comme c'est du contenu de la règle de conflit que dépendra la solution donnée à la question de savoir si le juge doit admettre ou non le renvoi ; et comme l'auteur de la norme n'a pas exclu, expressément, le renvoi, ce dernier doit être admis. Or, l'auteur de la norme a donné à la règle un *contenu matériel* précis. Par conséquent, la référence faite à la loi étrangère par le biais du renvoi doit être entendue, comme étant une *référence matérielle*, une « *Sachnormverweisung* » selon l'expression allemande.

Si l'on adopte le raisonnement ici proposé l'on comprend pourquoi dans l'arrêt *Zagha*, par exemple, ainsi que l'a relevé M. Pierre Mayer, à juste titre, l'on ne s'est pas préoccupé de savoir si le renvoi était accepté par la loi syrienne. La référence faite par la règle de conflit étant une référence matérielle en vertu du contenu de la norme (*Sachnormverweisung*) seul le droit substantiel syrien était visé. Les règles de conflit syriennes n'étaient pas dans le champ du renvoi car la *référence n'était pas générale* (*Gesamtverweisung*).

Certes, ce n'est pas là le mécanisme normal du renvoi. Mais, l'on ne saurait nier que ce mécanisme conduit à l'obtention du résultat escompté sans déjouer ni la volonté de l'auteur de la norme, ni l'expectative des parties.

Certes, on élargit également l'éventail des lois en concours<sup>62</sup>. Mais, il ne s'agit pas là, non plus d'une objection décisive. Car, en ne disant pas, expressément, que le renvoi doit être écarté dans les matières régies par des rattachements alternatifs l'auteur de la règle a signifié implicitement à ses destinataires qu'il fallait l'admettre. Ce qui n'est pas interdit, est permis<sup>63</sup>.

En somme il n'y a pas incompatibilité entre le renvoi et les rattachements alternatifs. L'admissibilité du renvoi en la matière est souhaitable. Son admission est possible. Il s'agit là d'une modalité du règlement de l'incident de fonctionnement dans l'espace des règles de conflit alternatives.

Il convient, maintenant, d'étudier les rapports entre le système alternatif et l'élément temporel.

## Section II

### Le système alternatif et l'élément temporel

*« En cas de changement dans les faits qui constituent le fondement du choix du droit applicable, le droit qui s'applique est, parmi ceux qui entrent en considération, celui dont l'application correspond le plus étroitement aux objectifs du système de conflits des lois du for »  
Résolution de l'Institut de droit International,  
session de Dijon : septembre 1981.*

131. — Les règles de conflit dans l'espace peuvent être troublées dans leur fonctionnement par l'incidence du facteur temps<sup>64</sup>. La sélection du rattachement qui doit permettre la concrétisation de l'effet de droit substantiel contenu dans la règle de conflit est, ainsi, rendue complexe par l'intervention de l'élément temporel<sup>65</sup>.

Ainsi, par exemple, l'article 311-17 du Code civil français dispose : « La reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité est valable si elle a été faite en conformité, soit de la loi personnelle de son auteur, soit de la loi personnelle de l'enfant ». La question se pose de savoir quelle est la loi personnelle à prendre en considération lorsque l'auteur ou l'enfant auront changé de nationalité. C'est l'hypothèse de *modification de l'élément de rattachement*.

Mais le problème peut se compliquer lorsque c'est la règle de droit qui est modifiée<sup>66</sup>. La question se pose alors de savoir si l'on doit appliquer la loi nouvelle ou si l'on doit appliquer aussi la loi ancienne<sup>67</sup>. L'on prétend, parfois que ces problèmes connus sous le nom de *conflit mobile* et *conflit transitoire* n'obéissent pas aux principes de solution généralement dégagés pour les règles de conflit, car il faut en la matière tenir compte de l'effet de droit substantiel recherché par l'auteur de la règle<sup>68</sup>. C'est, peut-être, mettre un peu trop en relief l'aspect substantiel de la règle et ne pas tenir assez compte de son aspect

conflictuel. Dire de la norme qu'elle est *hybride* c'est déjà la distinguer des dispositions substantielles du droit interne

132. — En somme, la question se pose de la manière suivante : lorsqu'il y a modification de l'élément de rattachement ou lorsque cette modification affecte le droit applicable, comment sélectionner le rattachement opératoire ? Peut-on choisir entre le rattachement ancien et rattachement nouveau ? Peut-on choisir entre la loi ancienne et la loi nouvelle ?

Pour répondre à ces questions, on étudiera tout d'abord les rapports entre le système alternatif et la modification de l'élément de rattachement (§1) et l'on étudiera, ensuite, les rapports entre le système alternatif et la modification de la règle de droit (§2).

### §1. — Le système alternatif et la modification de l'élément de rattachement

133. — La modification de l'élément de rattachement peut-être une possibilité supplémentaire de voir concrétisé l'effet de droit substantiel recherché par l'auteur de la règle de conflit, dans la mesure où elle permet l'élargissement de l'éventail des lois éventuellement applicables<sup>69</sup>.

Et le problème se présente de la manière suivante : lorsque la règle de conflit alternative utilise des *rattachements mobiles*<sup>70</sup> si ceux-ci ne sont pas *immobilisés* dans le temps, par l'auteur de la règle, il peut y avoir des modifications soit par la force de la volonté du législateur, soit par la force de la volonté des sujets. Il en résultera des concrétisations successives de l'élément de rattachement dans le temps. Comment sélectionner alors le rattachement opératoire ? En d'autres termes : doit-on étendre l'application alternative des rattachements dans l'espace à la solution du conflit de lois dans le temps ?

La réponse à la question posée dépend de la question de savoir si l'auteur de la règle a immobilisé ou pas, dans le temps, le rattachement mobile. L'on étudiera, donc, tout d'abord le cas où l'auteur de la règle n'a pas immobilisé le rattachement mobile (A) et l'on étudiera, ensuite, le cas où l'auteur de la règle a immobilisé le rattachement mobile (B).

#### A — L'auteur de la règle n'a pas immobilisé le rattachement mobile

134. — Comment sélectionner le rattachement opératoire lorsque l'auteur de la règle n'a pas immobilisé dans le temps le rattachement mobile ? Pour répondre à cette question il faut tenir compte des propositions de la doctrine, des orientations de la jurisprudence et des solutions données par les législateurs.

135. — La doctrine a proposé la transposition de la solution donnée au conflit de lois dans le temps en droit interne à la solution du conflit mobile en Droit International Privé, c'est-à-dire : application immédiate de la loi nouvelle à l'hypothèse de modification temporelle de l'élément de rattachement<sup>71</sup>. Mais cette transposition s'avère parfois inadaptée compte tenu de la spécificité de certaines matières ou situations juridiques<sup>72</sup>.



La filiation naturelle et la forme des actes sont les domaines qui illustrent le mieux la controverse doctrinale en la matière : faut-il étendre la solution donnée au conflit de lois dans l'espace au conflit de lois dans le temps ? Faut-il appliquer la règle *tempus regit actum* à la solution du conflit mobile en matière de forme des actes ? Faut-il appliquer un système alternatif pour régler le conflit mobile en matière de filiation ?<sup>73</sup>.

136. — La jurisprudence française, avant la loi de 1972 sur la filiation, s'était prononcée en faveur de l'application au conflit mobile d'un rattachement alternatif<sup>74</sup>. A cette époque, la recherche de paternité naturelle étant rattachée à la loi nationale de l'enfant, la question se posait de savoir comment déterminer le rattachement opératoire lorsque l'enfant avait eu, au moins, deux nationalités successives.

Dans le but de favoriser l'enfant, la jurisprudence avait admis que l'enfant pouvait invoquer soit la loi de sa nouvelle nationalité française<sup>75</sup>, soit la loi de son ancienne nationalité française<sup>76</sup>. En tout cas, par une « manipulation de la règle de conflit »<sup>77</sup>, on permettait à l'enfant de « se prévaloir des dispositions qui lui sont les plus favorables »<sup>78</sup>.

A défaut d'alternative dans le règlement du conflit de lois dans l'espace, le but de droit matériel recherché pouvait se concrétiser par le jeu de l'alternative prévue pour le règlement du conflit de lois dans le temps. La modification de l'élément de rattachement permettait à l'enfant de bénéficier de l'effet de la loi qui lui accordait la plus grande protection.

On aurait pu supposer qu'il s'agissait là d'un rattachement alternatif très limité car l'option s'exerçait à l'intérieur du rattachement : option entre l'ancienne et la nouvelle loi personnelle. Mais la Cour de Paris a montré par la suite que « ... la loi personnelle qui doit recevoir application est celle dont la mise en œuvre s'avère la plus favorable à l'établissement du lien de filiation »<sup>79</sup>. C'est dire que l'option s'exerce, non pas à l'intérieur d'un même rattachement, mais entre les rattachements existants<sup>80</sup>. Le rattachement alternatif était ainsi consacré, et renforcé par une option de législation offerte aux parties intéressées.

137. — Dans le domaine de la forme des actes une solution du même type se retrouve également, dans la Convention de La Haye de 1961, relative à la loi applicable à la forme des dispositions testamentaires. En effet, cette convention règle directement le conflit mobile en faisant intervenir de manière alternative les différentes concrétisations, dans le temps, de l'élément de rattachement<sup>81</sup>.

En adoptant des rattachements alternatifs pour régler le conflit mobile, l'auteur de la règle à rattachements alternatifs signifie à ses destinataires que ni le rattachement ancien, ni le nouveau rattachement ne sont aptes, à eux-seuls, à donner une solution satisfaisante à la question de droit posée. Lorsque la question est réglée par un *rattachement mobile*, il faut tenir compte de cette mobilité en accordant une option entre les diverses concrétisations du rattachement<sup>82</sup>.

138. — Et l'on peut justifier la solution de la manière suivante : en adoptant une règle à rattachements alternatifs pour les conflits des lois dans l'espace, sans immobiliser les rattachements mobiles, l'auteur de la règle a voulu laisser aux destinataires la possibilité de réaliser l'effet de droit matériel quelle que soit la concrétisation dans le temps des rattachements en cause.

C'est que la modification de l'élément de rattachement peut être forfuite. Pourquoi, dès lors, rendre fixe dans le temps le rattachement, alors que l'auteur de la règle ne l'impose pas expressément ? Comme pour le renvoi, il convient de dire ici aussi que ce qui n'est pas interdit est permis. Si l'auteur de la règle de conflit n'avait pas voulu étendre au conflit dans le temps le rattachement alternatif qu'il a édicté pour résoudre le conflit de lois dans l'espace il l'aurait dit. En cas de silence et dans le doute l'extension doit être la règle et la limitation l'exception, par application de la *ratio legis*. C'est, d'ailleurs, semble-t-il en ce sens que s'oriente la résolution de l'Institut de droit International : « *En cas de changement dans les faits qui constituent le fondement du choix du droit applicable, le droit qui s'applique est, parmi ceux qui entrent en considération, celui dont l'application correspond le plus étroitement aux objectifs du système de conflits des lois du for* »<sup>83</sup>.

139. — Il est vrai que, souvent, l'auteur de la règle immobilise dans le temps le rattachement mobile : soit en créant un « *rattachement à statut antérieur* », c'est-à-dire en immobilisant dans le temps passé le rapport juridique en cause, soit en immobilisant pour l'avenir ce même rapport.

La loi française du 3 janvier 1972 relative à la filiation a, elle aussi, modifié la méthodologie de règlement du conflit mobile en la matière. En remplaçant la loi de l'enfant par la loi de la mère, ce texte a, non seulement modifié l'élément de rattachement, mais aussi empêché toute possibilité d'application alternative dans la solution du conflit mobile car, l'article 311-14 du Code civil dispose que la loi applicable est celle de la mère « *au jour de la naissance de l'enfant* ».

De même, à quelques exceptions près la même immobilisation des rattachements dans le temps, se retrouve dans les règles à rattachements alternatifs créées pour résoudre les conflits de lois en matière de légitimation et de reconnaissance.

C'est cette hypothèse de l'immobilisation dans le temps du rattachement mobile qu'il convient d'examiner à présent.

#### *B — L'auteur de la règle a immobilisé le rattachement mobile*

140. — Admettre le rattachement alternatif pour résoudre le conflit de lois dans le temps, c'est introduire une finalité matérielle dans la règle de conflit, c'est introduire l'idée de faveur dans la solution du conflit mobile. Or, on sait combien Roubier a façonné la matière en relevant, surtout, que la notion de faveur était exclusive de celle de justice<sup>84</sup>. Aussi, proposait-il l'application de la loi en vigueur au moment de la rédaction du testament pour régler le conflit mobile en matière de forme des dispositions testamentaires.

On sait, également, combien ces propositions avaient été aménagées par la jurisprudence et combien la doctrine, sans adhérer totalement à l'idée de faveur, ne niait pas toute légitimité à la solution jurisprudentielle. L'application alternative des lois qui résultaient de différentes concrétisations successives de l'élément de rattachement était ainsi justifiée : « si la filiation procède des faits ayant pris date à la naissance... l'établissement de la filiation suppose la production de preuves que le juge apprécie au moment où il statue »<sup>85</sup>.

141. — La loi du 3 janvier 1972 ne laisse plus de place au jeu de l'alternative. En réglant directement le conflit mobile il a lié le juge à la teneur du texte. Il a été, cependant, soutenu que le juge pouvait choisir entre les différentes nationalités de la mère, celle qui est la plus favorable à l'établissement de la filiation<sup>86</sup>. On voit, néanmoins, mal comment le juge pourrait justifier sa décision. C'est que l'article 311-14 du Code civil ne laisse pas l'interprète dans l'embarras. Il est absolument clair. La loi personnelle de la mère que le juge doit prendre en considération est celle qu'elle avait « au jour de la naissance de l'enfant ».

C'est, par conséquent, à bon droit que la doctrine dominante se prononce contre l'application alternative des lois découlant du rattachement contenu dans l'article 311-14 du Code civil<sup>87</sup>.

On ne peut, certes, pas nier le « rôle créateur » de la jurisprudence, surtout en droit international privé. Mais le rôle créateur ne peut pas se manifester lorsque le législateur a réglé directement la question. La jurisprudence peut créer le droit de manière prétorienne lorsqu'elle se trouve « *sine lege* », en face d'une lacune. Elle ne peut pas créer le droit en statuant *contra legem* : le juge commettrait un excès de pouvoir.

142. — L'on peut, cependant, se demander si en se fondant sur *l'esprit de la loi* on ne peut pas tourner les difficultés résultant de la lettre de ce texte. Rappelons-nous la résolution de l'Institut de Droit International sur le problème intertemporel en Droit International Privé. Ce texte dispose en son §2, alinéa b) : « en cas de changement dans les faits qui constituent le fondement du choix du droit applicable, le droit qui s'applique est... celui dont l'application correspond le plus étroitement aux objectifs du système de conflits des lois du for ».

Or, en matière de filiation le système est dominé par un ensemble de règles de rattachement à caractère substantiel, faisant appel au système alternatif. Ne faut-il pas intégrer l'article 311-14 du Code civil dans l'ensemble législatif auquel il appartient et étendre le système alternatif au-delà du domaine qui lui a été assigné par le législateur ? Si la réponse devait être affirmative l'application alternative de l'article 311-14 pour résoudre le conflit mobile ne serait plus *contra legem*, mais seulement *praeter legem*, donc admissible.

Mais peut-on, véritablement, aller jusque-là ? Pour répondre à la question posée il convient de rechercher comment l'auteur de la règle a traité le conflit mobile dans les règles à rattachements alternatifs.

143. — Comment le législateur a-t-il traité le conflit mobile dans les articles 311-16, 311-17 et 311-18 du Code civil, qui contiennent des règles de conflit

à rattachements alternatifs ? Ces textes permettent-ils le règlement du conflit mobile par une application alternative des rattachements qu'ils contiennent ?

Avant d'aborder le fond de la question il convient de remarquer que l'auteur de ces règles n'a pas immobilisé dans le temps tous les rattachements. Ainsi, par exemple, s'il a pris soin de préciser dans l'article 311-16, alinéa premier, que « le mariage emporte légitimation lorsque, *au jour où l'union a été célébrée*, cette conséquence est admise... », de même qu'il l'a fait dans l'article 311-17 en disant que « la reconnaissance... est valable *si elle a été faite en conformité...* », rien n'est précisé par contre en ce qui concerne l'action à fin de subsides (art. 311-18) ou même dans l'hypothèse de l'article 311-16 alinéa 2.

Certains auteurs proposent l'extension de la solution donnée au conflit dans l'espace à la solution du conflit mobile. Les raisons invoquées sont de deux ordres : d'une part, il n'y aurait pas de raison pour que la jurisprudence antérieure ne puisse continuer à recevoir application<sup>88</sup>, d'autre part, l'esprit du système alternatif applicable au conflit de lois dans l'espace devrait s'étendre aussi au conflit mobile<sup>89</sup>.

Ni l'un, ni l'autre de ces deux arguments n'emporte la conviction. Comment, en effet, se référer à la jurisprudence antérieure pour résoudre le conflit mobile par l'application alternative des rattachements, alors que le législateur les a immobilisés dans le temps ? Ce faisant n'a-t-il pas voulu signifier aux destinataires des règles que l'application alternative devait être cantonnée dans la solution des conflits dans l'espace ?

Aussi, l'interprétation qui semble devoir prévaloir est celle de MM. Batiffol et Lagarde : « Lorsque l'établissement de la filiation résulte d'un acte (reconnaissance, mariage emportant légitimation) ou d'une décision judiciaire obtenue à la requête des parents (légitimation par autorité de justice, adoption) après la naissance de l'enfant, la loi applicable doit être déterminée en fonction du rattachement existant à la date de survenance de cet acte ou de cette décision et non à la date de naissance de l'enfant »<sup>90</sup>.

144. — Cette interprétation est conforme aux textes et la jurisprudence antérieure la consacrait déjà. Mais elle renferme une très grande sévérité, même s'il faut convenir que la solution donnée, dans son ensemble, au conflit mobile par la loi du 3 janvier 1972 n'est pas heureuse. Il aurait été plus pratique d'étendre la solution alternative donnée au conflit dans l'espace à la solution du conflit résultant de la modification dans le temps de l'élément de rattachement.

Selon M. J.-P. Laborde, « il faut... se demander s'il est possible d'appliquer une solution alternative, non pas véritablement dans le silence de la loi... mais au-delà des dispositions explicites de la loi »<sup>91</sup>. Et il conclut : « Ici c'est la réponse affirmative qui doit s'imposer, en raison du caractère politique du rattachement alternatif. La règle alternative doit en effet s'interpréter à la lumière des exigences de la politique qu'elle sert »<sup>92</sup>.

L'on a du mal à adhérer à un tel point de vue qui semble confondre le souhaitable et le possible. Étendre la solution donnée au conflit de lois dans l'espace à la solution du conflit de lois dans le temps, résultant d'une modification de l'élément de rattachement lorsque l'auteur de la règle a immobilisé

le rattachement dans le temps n'est-ce pas interpréter l'esprit des textes non seulement en dehors du contexte, mais surtout contre la lettre ?

En effet, l'argument tiré du caractère politique du rattachement alternatif n'est pas décisif. Il suffit de constater qu'en sachant pertinemment qu'il créait des règles à finalité matérielle l'auteur de celles-ci les a immobilisées dans le temps, exprimant par là la volonté de ne pas trop élargir le rattachement alternatif. L'argument est d'autant plus pertinent que l'auteur de la règle n'a pas immobilisé dans le temps tous les rattachements. Quel est, dans ce cas, l'esprit du système : celui reflété par les articles 311-16, alinéa 1 et 311-17, ou celui qui résulte des articles 311-16, alinéa 2 et 311-18 ? *L'opinio juris* doit, certes se fonder sur la *ratio legis* mais elle ne peut pas se passer de l'exégèse.

145. — En somme, lorsque l'auteur de la règle n'a pas immobilisé dans le temps le rattachement mobile il est possible de faire une extension du système alternatif conçu pour donner solution au conflit de lois dans l'espace à la solution du conflit résultant de la modification dans le temps de l'élément de rattachement. Le silence de l'auteur de la règle doit être interprété comme un accord tacite donné à cette extension. La lettre du texte ne contredisant pas son esprit, celui-ci l'emporte sur celle-là.

Lorsque l'auteur de la règle a immobilisé le rattachement mobile dans le temps il y a une présomption de refus de toute extension du système alternatif dans l'espace à la solution du conflit mobile. En immobilisant les rattachements l'auteur fait savoir aux destinataires des règles qu'il entend limiter l'effet de droit matériel recherché au seul cercle des rattachements prévus pour la solution du conflit dans l'espace. Dès lors, toute extension du système au conflit mobile serait non seulement contraire à la lettre du texte, mais surtout à son esprit. L'application alternative d'une règle dépend de la volonté de son auteur, et elle n'est pas admise contre la volonté de son auteur<sup>93</sup>.

Peut-on étendre les solutions données au conflit mobile au cas de modification de la règle de droit ?

C'est à cette question qu'il convient, maintenant, de répondre.

## §2. — Le système alternatif et la modification de la règle de droit

146. — On a pu constater que la transposition pure et simple des règles du droit transitoire, ne permettait pas la concrétisation de l'effet de droit matériel recherché par l'auteur de la règle de conflit en cas de modification de l'élément de rattachement, dès lors que l'auteur de la règle a immobilisé dans le temps les rattachements.

Est-ce que cette même situation se retrouve en cas de modification de la règle de conflit ? Avant de répondre à la question posée il convient d'observer que le problème ne se pose pas de la même manière en cas de conflit mobile et en cas de conflit transitoire.

S'agissant du conflit mobile la non-concrétisation de l'effet de droit matériel résulte non pas de l'application des règles du droit transitoire, mais du caractère immobile du rattachement, en vertu de la volonté de l'auteur de la règle. Est-ce qu'il en va de même pour la solution du conflit transitoire ?

Pour répondre à cette question il convient de se rappeler que les principes du droit transitoire ont été élaborés pour donner solution aux problèmes qui se posent au *stade de la compétence directe*. Peut-on transposer ces solutions aux problèmes posés au *stade de la compétence indirecte* ? Pour répondre à la question ainsi posée il faut résumer, tout d'abord, la solution donnée au conflit transitoire au stade de la compétence directe.

147. — Quelle est la règle que le juge saisi d'une affaire, au stade de la compétence directe, doit appliquer pour résoudre la question qui lui est soumise, alors que la règle de conflit a été modifiée entre la survenance des faits et la date où sa décision doit intervenir : la règle ancienne ou la nouvelle règle ?

On trouve deux orientations dans la doctrine qui s'est occupée de cette question. Une première tendance se prononce en faveur d'une application immédiate et systématique de la loi nouvelle, alors que le second courant propose l'application au conflit transitoire, des règles de droit transitoire de la matière de droit interne que les règles de conflit dans l'espace ont pour objet<sup>94</sup>.

Le premier courant est, cependant, resté minoritaire, alors que le second réunit les faveurs non seulement de la doctrine, mais aussi de la jurisprudence<sup>95</sup>. Ainsi, par exemple, lorsque le juge est saisi d'une question relative au droit de la filiation, il devra résoudre le conflit transitoire par référence aux règles de droit interne relatives au droit transitoire de cette matière.

La promulgation en France de la loi du 3 janvier 1972 relative à la filiation et de celle de 1975 relative au divorce, a été une occasion pour le renouvellement de la pensée relative à la solution du conflit transitoire. Certains auteurs se sont demandés si l'on pouvait appliquer, sans nuances, les règles relatives au conflit transitoire pour résoudre les conflits de lois soumis à la loi du 3 janvier 1972 sur la filiation<sup>96</sup>. M. Paul Lagarde leur a apporté un élément de réponse, en montrant les limites et les potentialités de l'application de la théorie classique<sup>97</sup>.

C'est que l'effet de droit matériel recherché par l'auteur de la règle de conflit dans l'espace risque de ne pas se réaliser parce que la disposition du droit transitoire du droit interne n'en tient pas compte. Ainsi l'article 13, alinéa 2 de la loi de 1972 dispose que les instances pendantes au jour de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi seront poursuivies et jugées en conformité de la loi ancienne. L'application stricte de cette règle conduit à immobiliser le rattachement dans un temps passé. Si l'on se réfère, cette fois-ci à l'article 12 de la même loi on constate que ce texte dispose : « La présente loi sera applicable aux enfants nés avant son entrée en vigueur ». L'on peut se demander, alors, pourquoi la loi ancienne ne s'applique plus ici<sup>98</sup>.

La jurisprudence, confrontée à la question, a posé comme principe que le texte régissant le droit transitoire interne ne doit pas être étendue au conflit de lois : ce texte « ... pose seulement des règles transitoires spéciales de la loi interne et ne régit pas la règle de conflit de lois, laquelle demeure déterminée par les principes généraux du droit transitoire ... »<sup>99</sup>.

Peut-on régler le problème par application du même principe lorsque la question se pose au stade de la compétence indirecte ? C'est la recherche de la réponse à la question posée que nous entreprendrons maintenant. Il

convient, en effet, de déterminer, tout d'abord, comment et pourquoi le problème se pose au stade de la compétence indirecte, (A) pour rechercher, ensuite, une solution dans le cadre du système alternatif (B).

*A — Le problème se pose au stade de la compétence indirecte*

148. — On sait que malgré la suppression de la *révision* au fond des décisions étrangères le droit français exige toujours un *contrôle* de l'application de la loi compétente d'après la règle de conflit française<sup>100</sup>, malgré la critique de la doctrine la plus autorisée<sup>101</sup>.

Comment le problème se pose-t-il dans la matière qui nous intéresse (a) et pourquoi le problème se pose-t-il (b) ?

*a) Comment le problème se pose-t-il ?*

149. — Le problème se pose de la manière suivante : en cas de modification de la règle de conflit entre le moment où le juge étranger a statué et le moment où le juge de l'*exequatur* doit exercer le contrôle de la loi appliquée, ce dernier doit-il se référer à l'ancienne règle de conflit ou à la nouvelle règle de conflit ?

A la question ainsi posée la jurisprudence répond en disant que le contrôle s'effectue en conformité avec la règle de conflit qui était en vigueur au temps où le juge étranger a statué<sup>102</sup>.

Cette réponse a suscité la critique de la doctrine qui y voit une mauvaise application des principes du droit transitoire<sup>103</sup>, sinon une application inadaptée de ces principes<sup>104</sup>.

A vrai dire, la jurisprudence répond correctement à une question mal posée. Car, en fait, la question n'est pas tant de savoir si le contrôle de la loi appliquée s'effectue par application des principes du droit transitoire, mais plutôt celle de savoir sur la base de quels principes du droit transitoire ce contrôle doit être effectué. A l'unicité des principes du droit transitoire pronée par la doctrine classique, ne faut-il pas substituer une diversité de ces principes ?<sup>105</sup>.

En effet, la jurisprudence n'est pas insensible à cette diversité : ainsi, elle n'a pas hésité, s'agissant du contrôle de la compétence du juge étranger, à affirmer que « ... s'il est vrai que la compétence internationale se détermine par extension des règles de compétence territoriale interne lorsqu'il s'agit, pour un tribunal français, de statuer sur sa propre compétence dans le litige dont il est directement saisi, il convient en revanche, pour le juge chargé de se prononcer sur une demande d'*exequatur* de contrôler la compétence internationale de la juridiction étrangère en se référant aux principes, plus libéraux du droit international privé français en ce domaine ... »<sup>106</sup>.

Cette référence aux principes généraux (« plus libéraux ») du droit international privé doit être appliquée dans le contrôle de la compétence du juge étranger car il s'agit simplement de savoir « ... si le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux »<sup>107</sup>.

Ne doit-on pas se référer à ces mêmes principes généraux du droit international privé pour effectuer le contrôle de la loi appliquée par le juge étran-

ger ? Nous avons vu, plus haut, qu'en cas de modification de la règle de conflit, le juge du for saisi au stade de la compétence directe se réfère non pas aux *règles spéciales*, mais aux principes généraux du droit transitoire<sup>108</sup>. Ne doit-on pas aller plus loin et décider que l'application des principes généraux du droit transitoire doit s'adapter à la nécessité de la libre circulation des jugements ? Aller dans ce sens, ce serait reconnaître la nécessité d'un rattachement alternatif lors du contrôle de la loi appliquée en cas de modification de la règle de conflit du for de l'exequatur, entre le moment où le juge étranger a statué et le moment où le juge de l'exequatur statue.

C'est, d'ailleurs la raison pour laquelle le problème se pose au stade de la compétence indirecte.

*b) Pourquoi le problème se pose-t-il ?*

150. — Le problème se pose au stade de la compétence indirecte car il s'agit, non pas de l'acquisition d'un droit, mais de la constatation d'un droit acquis à l'étranger. Certes, l'exequatur ne fait que constater des droits acquis et donner effet dans l'Etat du for à un jugement étranger. Mais, il faut changer la perspective car, il ne s'agit pas de savoir en conformité avec laquelle des deux règles de conflit, qui se sont succédé dans le temps, il faut rendre le jugement d'exequatur. Le problème se pose autrement : il s'agit de savoir si un jugement de reconnaissance de droits acquis à l'étranger sera modifié si le contrôle de la compétence de la loi appliquée est fait par rapport à la nouvelle règle de conflit.

Il faut, par conséquent, partir non pas de la loi de contrôle du jugement étranger, mais du jugement lui-même, dont on cherche à faire produire les effets dans l'Etat du for. Ainsi, par exemple, l'Institut de Droit International fait la recommandation suivante<sup>108</sup> :

« 3. L'effet dans le temps d'un changement dans le droit applicable est déterminé par ce droit ».

« 6. *En particulier, lorsqu'il s'agit de situation juridiques continues concernant le statut personnel, les droits réels ou les obligations, le statut personnel établi ou les droits acquis avant la survenance d'une modification du droit en la matière devraient être protégés dans toute la mesure du possible* ».

On le voit, la résolution adopte comme élément central du raisonnement non pas la *loi applicable* mais la *situation juridique* qu'elle recommande de protéger. Et c'est cette idée de protection qui postule l'adoption d'un rattachement alternatif<sup>109</sup>.

En effet, lors du contrôle de la loi appliquée par le juge étranger il faut, avant tout, rechercher, si le droit régulièrement acquis à l'étranger peut produire ses effets dans l'Etat du for de l'exequatur. C'est par conséquent, *en fonction d'un résultat*<sup>110</sup> que l'on doit rechercher la loi applicable au contrôle. Et, ce d'autant que, parfois, le contrôle de la loi appliquée par le juge étranger n'est pas une condition nécessaire pour que les jugements produisent certains effets<sup>111</sup> et, le plus souvent, le contrôle de la loi appliquée apparaît comme une limitation de la compétence juridictionnelle du juge étranger<sup>112</sup>.



En d'autres termes, si le contrôle de la loi appliquée n'est que « formel » et s'il « ne conduit pratiquement jamais à refuser l'exequatur à la décision étrangère »<sup>113</sup>, n'est-il pas préférable de fonder ce contrôle sur un rattachement alternatif ?

C'est la solution que nous proposons.

*B — La solution du problème par l'adoption du système alternatif*

151. — La solution à adopter lorsque le juge du for est saisi d'une question relative à la reconnaissance d'un jugement étranger alors que la règle de conflit du for a été modifiée entre la date du jugement étranger et la date à laquelle le juge de l'exequatur doit rendre sa décision doit être recherchée en tenant compte des titres d'application respectifs de l'ancienne et de la nouvelle règle de conflit, d'une part (a) et du résultat escompté par les parties, d'autre part (b).

*a) Les titres d'application respectifs de la loi ancienne et de la loi nouvelle*

152. — La détermination des titres respectifs d'application de la loi ancienne et de la loi nouvelle est obscurcie par l'interprétation, souvent, dogmatique du droit transitoire. L'on sait que pour Roubier en matière de conflits de lois dans le temps il ne faut pas faire la différence entre règles substantielles et règles de conflit car, « ... La présence ou l'absence d'un élément étranger, dans une situation juridique, par quoi se marque leur seule différence, n'intéresse pas le droit transitoire, qui analyse les situations juridiques uniquement d'après leur développement dans la durée »<sup>114</sup>. Le conflit transitoire doit, par conséquent, être résolu par l'application des principes généraux à l'exclusion des « règles spéciales »<sup>115</sup>.

La référence à la « matière de droit interne » que ces règles ont pour objet est à la base de la confusion entretenue par la doctrine quant aux titres d'application de la loi nouvelle et de la loi ancienne. Ainsi, certains auteurs concluent à « ... l'absence de toute distinction entre le droit transitoire des règles matérielles et celles des règles de conflit des articles 12 et 13 de la loi du 3 janvier 1972 sur la filiation »<sup>116</sup>.

Ne faut-il pas, plutôt, tenir compte des exigences du droit international privé<sup>117</sup> et détacher les principes du droit transitoire interne de celui des règles de conflit ?<sup>118</sup> Si l'on tient compte de ces exigences l'on peut constater que les titres d'application de la loi ancienne sont tout aussi légitimes que ceux de la loi nouvelle.

I — LES TITRES D'APPLICATION DE LA LOI ANCIENNE

153. — La loi ancienne peut revendiquer son applicabilité à plus d'un titre.

Cette applicabilité se justifie, *tout d'abord*, par le fait que les règles de conflit ne tranchent pas directement le litige. Elles sont des *règles de rattachement* servant de pont entre les situations à régir et l'Etat qui fournira la règle

applicable. Aussi, un auteur a pu conclure que « ... *Le principe de survie de la règle ancienne est plus fort en droit international privé qu'en droit interne* »<sup>119</sup>.

D'ailleurs, la jurisprudence fait, le plus souvent, application de la loi ancienne, pour respecter les « situations acquises », semble-t-il<sup>120</sup>.

L'applicabilité de la loi ancienne peut se justifier, *ensuite*, par le fait que si le juge de l'exequatur avait été saisi à la même époque au stade de la compétence directe, il aurait fait application de la même loi que le juge étranger. Peut-on, valablement, faire grief au juge étranger d'avoir statué comme il a fait ?<sup>121</sup>.

*Enfin*, l'applicabilité de la loi ancienne peut se justifier par le fait qu'il peut y avoir une *identité de résultat* quelle que soit la loi qu'on applique : la loi ancienne ou la loi nouvelle. Ainsi, par exemple, la Cour de Paris a énoncé dans un arrêt que : « ... *La juridiction allemande a fait application de la loi compétente d'après les règles françaises de conflits de lois en vigueur à l'époque (1970), soit la loi allemande comme étant celle de l'enfant - laquelle est d'ailleurs la même que celle désignée par la nouvelle règle de conflits prescrivant l'application de la loi de la mère ...* »<sup>122</sup>.

L'identité de résultat auquel conduit le contrôle par référence à la loi ancienne et par référence à la loi nouvelle, montre bien que cette dernière a aussi un titre légitime d'applicabilité. Que se serait-il passé si la loi de l'enfant avait désigné une loi différente de celle désignée par la loi de la mère ? Aurait-on refusé, alors, l'exequatur ?

## II — LES TITRES D'APPLICABILITE DE LA LOI NOUVELLE

154. — Le *premier titre* d'applicabilité de la loi nouvelle réside dans le principe de non rétroactivité posé par l'article 2 du Code civil, et de la doctrine dégagée par la Cour de Cassation<sup>123</sup> selon laquelle les textes de droit transitoire interne posent seulement des « *règles spéciales* » et « ne régissent la règle de conflit de lois, laquelle demeure déterminée par les *principes généraux* du droit transitoire qui commandent *l'application immédiate* de la règle de conflit... ».

La nouvelle règle de conflit s'applique parce que le droit transitoire des règles de conflit l'exige. Et il n'y a pas lieu de distinguer ici, selon qu'il s'agit de règles de conflit classiques ou de règles de conflit alternatives ou à caractère substantiel<sup>124</sup>. S'il est vrai, en effet, que les règles de conflit alternatives sont édictées en fonction d'un résultat, l'on ne peut pas les confondre avec les règles substantielles de droit interne<sup>125</sup>. Dire des règles à rattachements alternatifs quelles sont « *hybrides* »<sup>126</sup> n'est-ce pas les distinguer déjà des règles purement substantielles ?<sup>126</sup>.

Le *second titre* d'applicabilité de la loi nouvelle résulte du fait que le contrôle de la loi appliquée par le juge étranger se justifie par le fait qu'on exige que le droit international privé français ait été respecté pour que le jugement ait une efficacité en France. Ne faut-il, donc, pas se placer au moment où le

juge statue sur l'exequatur pour rechercher la loi désignée par la règle de conflit ?<sup>127</sup>.

Ainsi, affirmée la légitimité d'application de la loi nouvelle et de la loi ancienne, le choix de l'une ou de l'autre dépend seulement du résultat auquel elles conduisent.

*b) L'option s'effectue en fonction du résultat*

155. — L'option s'effectue en fonction du résultat escompté car, ce qui est critiquable ce n'est pas la référence au passé, la référence à une règle qui n'existe plus, mais cette sorte de rattachement fixe qui empêche l'intervention d'un autre rattachement, alors que la situation est née à l'étranger sans aucun contact avec le for de l'exequatur.

Or, si l'on part du principe que le contrôle demandé au juge de l'exequatur ne signifie pas une vérification de l'application par le juge étranger de la règle de conflit de l'Etat du for, on peut facilement admettre que ce contrôle peut s'effectuer en se référant aussi bien à la règle de conflit en vigueur au jour où le juge étranger a statué, qu'à celle en vigueur au jour où le juge de l'exequatur procède à la vérification.

Il n'y aurait, alors, ni rattachement fixe dans le passé — le jour de la décision du juge étranger — ni dans l'avenir — le jour de la décision d'exequatur — car chacun des rattachements a des titres suffisants et indépendants d'application. Et le *critère d'application* de l'une ou de l'autre de ces deux lois sera la plus ou moins grande facilité accordée à l'exercice des droits acquis à l'étranger par les intéressés qui souhaitent bénéficier de ses effets dans l'Etat du for<sup>128</sup>.

Il en résulte *une solution de type alternatif* qui, pour sauvegarder les prérogatives résultant de l'office du juge de l'exequatur, comporterait une *hiérarchie des rattachements*. La reconnaissance du jugement étranger serait soumise, en principe, à la loi en vigueur au jour de la décision du juge étranger, mais cela n'exclurait pas une intervention éventuelle de la règle en vigueur au jour du contrôle. Avec une solution de ce type les situations acquises à l'étranger pourraient bénéficier de la modification de la règle de conflit de l'Etat de l'exequatur dès lors que l'une au moins des lois en alternative permettrait la production d'effets.

L'option appartenant au juge de l'exequatur s'exercerait en fonction d'un résultat prédéterminé : l'obtention de l'effet recherché. N'est-ce pas déjà ce que veut dire la Cour de Paris en relevant que la loi appliquée par le juge étranger était celle indiquée par l'ancienne et par la nouvelle règle de conflit française<sup>129</sup> malgré la modification de l'élément de rattachement que ces deux règles prennent en considération ?

La solution libérale proposée ici va dans le sens de la Résolution de l'Institut de Droit International sur le problème intertemporel en droit international privé<sup>130</sup>, qui prescrit de « protéger » dans toute la mesure du possible les situations juridiques continues. Quel moyen de protection serait-il mieux adapté que l'adoption d'un système alternatif ?

Cette prise en considération du résultat en matière d'exequatur est envisagée par le droit conventionnel<sup>131</sup> et la doctrine propose une option lorsque le droit commun est plus favorable que le droit conventionnel<sup>132</sup>. Le rattachement alternatif fait déjà partie du droit positif en matière de compétence indirecte. Il suffit seulement de l'élargir à l'hypothèse de modification de la règle de conflit de l'Etat de l'exequatur. Le libéralisme affiché par les législateurs contemporains trouverait, alors, un champ supplémentaire d'expression.

## Conclusion du chapitre

156. — Les incidents de fonctionnement du système alternatif mettent à l'épreuve la faculté d'application générale du système alternatif. Lorsque l'incident de fonctionnement se réalise dans l'espace, ce fait révèle une *limite* de la règle à rattachements alternatifs : sa difficulté à intégrer la *théorie du renvoi*. Lorsque l'incident se réalise dans le temps, ce fait révèle les grandes *potentialités* du système alternatif : une potentialité qui se révèle dans la faculté d'intégration du *conflit mobile*, même si cette intégration n'est pas complète ; une potentialité qui se révèle, également, dans la faculté d'intégration du *conflit transitoire*. Dans ces deux dernières hypothèses le système alternatif élargit son domaine d'application et permet de renouveler la réflexion dans ces deux matières.

Ceci prouve que les règles à rattachements alternatifs sont des *règles de rattachement*, avant d'être des *règles substantielles*. Les critiques qui leur sont adressées mettent trop l'accent sur ce dernier trait au détriment du premier.

L'atténuation de ces critiques est possible dès lors qu'il sera démontré que le système alternatif peut s'intégrer dans le système classique par une correction des rattachements. C'est ce que nous tenterons de faire dans le chapitre suivant consacré à *l'essai de correction du système alternatif par le principe de proximité*.

## NOTES

1. Cf. toutefois les articles 36 et 65 du *Code civil portugais* qui, tout en édictant des règles à rattachements alternatifs en matière de forme des actes, en général, et de testaments, en particulier, admettent expressément le jeu du renvoi.

Cf. également, les dispositions de l'EGBGB. nouveau qui semblent écarter le renvoi dans les matières où une « option de législation » est laissée aux parties.

2. Pour une illustration prise dans la jurisprudence française, Cf. notamment, *T.G.J.*, Paris, 20 avril 1982, *Clunet* 1983, 583, note J. DERRUPPÉ ; C.A. Paris, 8 mars 1983, *R.C.D.I.P.*, 1984, 290, note Jacques FOYER ; Cass. civ. I, 15 juin 1982, *D.* 1983, 432, note Eric AGOSTINI.

3. Cf. Jacques FOYER, « Requiem pour le renvoi ? », *Trav. Com. Fr. Dr. Inter. Priv.*, 1980-1981, p. 105 ; G. LEGIER et J. MESTRE, note sous Aix-en-Provence, 21 janvier 1981, *R.C.D.I.P.*, 1982, 297 ; J.M. BISCHOFF, note sous Cass. civ. 15 juin 1982, *R.C.D.I.P.*, 1983, 300, entre autres.

Pour les problèmes suscités en matière de renvoi par les dispositions de l'EGBGB nouveau Cf. notamment : Sonnenberger, « *Introduction générale à la réforme du droit international privé dans la République Fédérale d'Allemagne...* », *op. cit.*, *R.C.D.I.P.*, 1987, p. 1 et ss., spéc. p. 18 et ss.

4. Cf. par exemple Pierre MAYER, « *Droit International privé* », n° 610. Selon cet auteur, « Le recours au renvoi dans le cadre d'un rattachement alternatif est également problématique ».

5. Pour une illustration de cette tendance Cf. par exemple, la résolution adoptée par l'Institut de droit International à sa session du Caire in *R.C.D.I.P.*, 1988, p. 133-134.

6. Pour une illustration des problèmes suscités par l'adoption de rattachements alternatifs en droit international privé français, Cf. notamment : P. LAGARDE, « Le droit transitoire des règles de conflit après les réformes récentes du droit de la famille », *Trav. Com. Fr. Dr. Int. Priv.*, 1977-1979, p. 89 et ss. Et sur le conflit transitoire de droit étranger, Cf. GIARDINA, « Les lois étrangères rétroactives en matière de mariage et de régimes matrimoniaux », *R.C.D.I.P.*, 1972, 401.

7. Sur l'entrelacement du conflit transitoire et du conflit mobile dans l'application des rattachements alternatifs du droit français Cf. HERON, « L'application dans le temps des règles de conflit », *R.C.D.I.P.*, 1987, 305 et ss. spéc. p. 344 et ss., n° 38 et ss. ; P. GRAULICH, note sous Paris, 29 juin 1963, Witschy, *R.C.D.I.P.*, 1964, p. 300 et ss., spéc., p. 326 et ss.

8. Cf. notamment Jacques FOYER, « *Requiem pour le renvoi* », *op. cit.* ; et les discussions suscitées en France par les arrêts Lardans (Cass. civ. I, 27 janvier 1969, *R.C.D.I.P.*, 19769, 710, note DERRUPPÉ ; *Clunet* 1969, 644, note Ponsard ; *J.C.P.*, 1970, II, 16047, note Jacques FOYER : *Jour-not.*, 1970, 49731, note DROZ) et GOUTHERTZ (Cass. civ. I.), 1<sup>er</sup> février 1972, *R.C.D.I.P.*, 1972, 644, note G. WIEDERKEHR ; *Clunet* 1972, 594 note PH. KAKN ; *J.C.P.*, 1972. II. 17096, concl. Gégout ; Rép. DEFRENOIS, 1972, 30161, note Ph. MALAURIE.

9. L'expression est de MM. LOUSSOUARN et BOUREL, « *Droit international privé* », p. 288 et 293.

10. *Ibidem*, nos 218 à 221, p. 293 et ss.

11. « *Droit international privé* », tome I n° 311 p. 363.

12. Cf. Pierre MAYER, « *Droit international privé* », n° 237, p. 146.

13. *Ibidem*.

14. Cf. par exemple, Deby-Gérard, « *Le rôle de la règle de conflit ...* » *op. cit.*, n° 334 et ss. ; MAURY et DERRUPPÉ, *Jur. Class. Dr. Inter.*, n° 106).

15. Cf. BATIFFOL et LAGARDE, tome I, 6<sup>e</sup> éd. p. 395, note 52-2.

16. Cf. les observations de M. DERRUPPÉ sous Cass. civ. I, 24 janvier 1984, *Clunet* 1984, 868, spéc. p. 870 et ss. Cet auteur remarque notamment : « Le renvoi n'est exclu que par l'interprétation de la volonté des époux et non par incompatibilité avec le critère volontariste du rattachement. Que cette interprétation conduise le plus souvent à l'exclusion du renvoi est une chose. Que le renvoi soit systématiquement condamné sans référence à cette volonté concrète en est une autre. Ce n'est pas pour l'heure la voie de la jurisprudence » (p. 870).

Cf. également G. DROZ, *Rép. Dalloz dr. Int.*, n° 116 et 117 et les observations de H. Gaudemet - Tallon, sous Paris, 3 décembre 1980, *R.C.D.I.P.*, 1981, 501.

17. Cf. Cass. civ. I, 15 juin 1982, précité.

18. Pour une admission, certes sous condition, du renvoi dans l'application de la règle *Locus regit actum*, Cf. : MAURY et DERRUPPÉ, *Jurisl. Dr. Intern.*, préc. Fasc. 532 - B, n° 109 ; Ph FRANCESCAKIS, « *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé* », Paris 1958, n° 152 et 153, p. 154 à 156 ; Pierre GANNAGÉ, « *Le rôle de l'équité ...* », Paris 1949, p. 256-259 ; LÉGIER et MESTRE, note sous Aix, 21 janvier 1981, *R.C.D.I.P.*, 1982, 297.

19. E. BORIOLI, « *La notion du renvoi en droit positif suisse* », Genève 1966, p. 95 ; FERRER-CORREIA, « *Estudos Varios de direito* », Coimbra 1970, p. 181 et 237-239, I, MAGALHAES-CALLAÇO, « *A devolução ...* » Coimbra 1959, p. 46 ; North, *Cheshire's Private international law*, 8<sup>e</sup> éd. p. 64-65, entre autres.

20. Cf. BATIFFOL et LAGARDE, tome I.

21. Cf. par exemple, FERRER-CORREIA, *Cours de La Haye*, op. cit.

22. Sur le rôle de l'intérêt des parties, Cf. BATIFFOL et LAGARDE, Tome I, n° 306.

23. Cf. FERRER-CORREIA, « *Problèmes de codification...* », op. cit., p. 179.

24. Cf. nos développements *supra*, n° 19 et ss.

25. *Ibidem*, spéc. n° 24 et ss.

26. *Ibidem*, spéc. n° 28 et ss.

27. L'expérience des praticiens révèle que le titulaire de l'option, même entouré de conseils, élit le plus souvent *un système de droit* au lieu d'opter pour *une règle particulière*.

28. Cf. Jacques FOYER, « *Requiem ...* » op. cit., p. 118.

29. Rapprocher de l'intervention de M. P. LAGARDE dans la discussion qui a suivi l'exposé de M. J. FOYER, op. cit., p. 181.

30. Pour des exemples récents Cf. notamment Von OVERBECK, « *Cours Général ...* », 1982, op. cit., spéc. n° 325 et ss. p. 150-152.

31. Pour des exemples Cf. LEWALD, « *La théorie du renvoi* », op. cit., p. 519 et ss.

32. Cf. notamment, Jacques FOYER, « *Requiem...* », op. cit.

33. Cf. DERRUPPÉ, « *Plaidoyer pour le renvoi* », *Trav. Com. Fr. Dr. Inter. Priv.*, 1964-1966, p. 181 et ss.

34. C'est le cas, notamment, de la loi espagnole (art. 12 § 2 du Code civil), du § 4 du décret-loi hongrois, du § 3 R.A.G de la R.D.A., de l'article 852 du Code de la famille du Sénégal, de l'article 727 du Code de la famille du Togo.

35. Cf. notamment, § 5 de la loi autrichienne, article 2, al. 3 de la loi yougoslave, art. 2, art. 3 de la loi turque, art. 4 de l'EGBGB nouveau.

36. Cf. l'article 35 EGBGB (nouveau).

37. Cf. notamment les articles 36 et 65 du Code civil portugais.

38. Cf. § 5 et § 11-1 de la loi autrichienne.

39. Cité par F. RIGAUX, « *La méthode des conflits de lois ...* », op. cit., p. 34 note 36.

40. Pour le droit international privé allemand, par exemple, Cf. Fritz STURM, « *Commentaire de la réforme* », *R.C.D.I.P.*, 1987, p. 33 et ss., spéc. p. 41 et les auteurs cités, note 28 ; *ibidem*, p. 46, 70 et 73.

Pour certains autres Etats, Cf. nos développements, *supra*, n° 43.

41. Cass. req. 9 mars 1910, *D.P.*, 1912, 1, 262 ; *R.C.D.I.P.*, 1910, 870 ; *Clunet* 1910, 888.

42. Outre les auteurs cités *supra*, notes n° 18 et 19, Cf. notamment : Paul LAGARDE, discussion qui a suivi l'exposé de Jacques FOYER, « *Requiem pour le renvoi* », *op. cit.* ; Eric AGOSTINI, note sous Cass. civ. I, 15 juin 1982, D. 1983, 431 ; J.-P. LABORDE, « *La pluralité du point de rattachement ...* » *op. cit.*, n° 447 et ss. ; DERRUPPÉ, note sous T.G.I., Paris, 20 avril 1982, Clunet 1983, spéc. p. 592 ; J.-M. BISCHOFF, note sous Cass. civ. I, 15 juin 1982, R.C.D.I.P., 1983, spéc. p. 309 ; PATOCCHI, « *Règles de rattachement ...* », n° 571 et ss.

43. On cite toujours, à titre d'exemple, les articles 36 et 65 du *Code civil portugais*.

44. Cf. Patrick COURBE, « *Les objectifs temporels des règles de droit international privé* », Paris 1981, spéc. n° 208.

45. On peut remarquer que la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable au régime matrimonial semble contenir une dérogation à l'exclusion du renvoi (article 4, alinéa 2 § 2), consacrant ainsi une solution qui se rapproche du renvoi à la loi nationale des époux.

46. Cf. déjà, Jacques DONNEDIEU de Vabres, *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflits de lois depuis le début du XX<sup>e</sup> siècle*, thèse, Paris 1937, p. 532.

47. Cf. en ce même sens PATOCCHI, « *Règles de rattachement ...* », *op. cit.*, n° 573.

48. *contra* : J.-P. LABORDE, *La pluralité ...*, *op. cit.*, p. 292 et ss. Selon cet auteur, en limitant le jeu du renvoi au cercle des lois prévues par les rattachements contenus dans la règle, on réussit à préciser le sens de la règle de conflit alternative ou à lui en donner un si elle n'en avait pas. De même le jeu du renvoi dans le cercle des rattachements est une garantie contre les risques de détournement de la règle de conflit.

L'on ne voit, toutefois, pas en quoi le renvoi *in favorem* dans le cercle des rattachements prévus par la règle de conflit diffère de la mise en œuvre de la *disjonction* des rattachements.

49. Cf. PATOCCHI, « *Règles de rattachement ...* », *op. cit.*, n° 574, qui se prononce pour l'exclusion du renvoi dans cette hypothèse.

50. Cf. LOUSSOUARN et BOUREL, « *Droit international privé* », n° 351, p. 453.

51. Cf. Ferrer CORREIA, « *Cours de La Haye* », précité, p. 195, note 36. L'auteur qui a été le promoteur du projet conclut en ces termes : « Le code n'a cependant pas retenu cette suggestion, à tort, nous semble-t-il », (*ibidem*).

52. Cf. En ce sens, Paul LAGARDE, « *Le principe de proximité ...* », *op. cit.*, p. 58, n° 44.

53. Cass. civ. I., 15 juin 1982, précité.

54. En ce sens, notamment, J.-M. BISCHOFF, note sous l'arrêt précité. Selon cet auteur : « On peut penser ... que la solution de l'arrêt va bien au-delà du cas d'espèce, et qu'il convient de l'appliquer ... également, nous semble-t-il dans les hypothèses où jouent les règles de conflit alternatives elles aussi fondées sur une idée de faveur à la validité de l'acte (art. 311-16 à 311-18 C. civ...). Et, pour l'état de la question en droit comparé, Cf. Paul LAGARDE, « *Le principe de proximité ...* », *op. cit.*, note n° 113, p. 203.

55. Cf. également AGOSTINI, note sous l'arrêt Zagha, D. 1983, spéc. p. 433.

56. En ce sens P. LAGARDE, « *Le principe de proximité ...* », *op. cit.*, p. 58, n° 44.

57. L'expression est de Pierre MAYER, « *Droit international privé* », p. 461, note 92 *in fine*.

58. Pierre MAYER, *ibidem*, p. 457, n° 752.

59. *Ibidem*, loc. cit.

60. BATIFFOL et LAGARDE, tome I, n° 305, p. 358.

61. Cf. P. LAGARDE, « *Le principe de proximité ...* », *op. cit.*, p. 201, note 95, *in fine*.

62. En ce sens, PATOCCHI, « *Règles de rattachement ...* », *op. cit.*, n° 575, p. 286.

63. Pour un exemple récent de l'exclusion expresse du renvoi dans les matières dans lesquelles les parties ont une option de législation Cf. les dispositions de l'E.G.B.G.B. nouveau de la R.F.A. et le commentaire paru à la R.C.D.I.P., 1987, p. 1 et ss.

Et pour l'admission expresse du renvoi dans les matières dans lesquelles les parties ont une option de législation, Cf. notamment : les dispositions des articles 9, 9 I et 13 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages.

Dans un autre domaine, Cf. l'article 42, alinéa 1<sup>er</sup> de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, signée à Washington le 18 mars 1965.

64. Pour un aperçu général Cf. notamment F. RIGAUX, « Le conflit mobile en droit international privé », *R.C.A.D.I.*, 1966, I, 329 ; Patrick COURBE, *Les objectifs temporels des règles de droit international privé*, Paris 1981.

65. Sur cette complexité et les problèmes suscités en France Cf. LEQUETTE et ANCEL « Grands arrêts ... », spéc. p. 144 et ss.

66. Sur les problèmes suscités par l'application dans le temps des règles de conflit, Cf. J. HERON, « L'application dans le temps des règles de conflit », *op. cit.*, spéc. n° 38 et ss., p. 344 et ss.

67. Pour un aperçu de la difficulté Cf. notamment *Cass. civ. I*, 12 mai 1987, *Clunet* 1988, 101, note M.-L. NIBOYET-HOEGY.

Cet arrêt, après avoir écarté la loi Belge, normalement applicable, en se fondant sur le principe d'actualité de l'ordre public fait application du droit français tel qu'il résultait de la loi du 30 décembre 1915.

68. Sur les problèmes suscités par les réformes du droit de la famille en France, Cf. P. LAGARDE, « Le droit transitoire des règles de conflit après les réformes récentes du droit de la famille », *Trav. Com. Fr. Dr. Intern. Privé*, 1977-1979, p. 89 :

Pierre MAYER, *Droit international privé*, p. 155 et ss., n° 255 et ss., spéc. n° 259 ; LEQUETTE et ANCEL, *Grands Arrêts ...* 452, spéc. 456.

69. Cf. *Cass. civ.* 5 décembre 1949, *R.C.D.I.P.*, 1950, 65, note MOTULSKY ; *Clunet* 1950, 180 ; *J.C.P.*, 1950, II, 5285, note DELAUME.

Et sur l'évolution de la jurisprudence Cf. LEQUETTE et ANCEL, « Grands Arrêts ... », p. 144 et ss.

70. Nous préférons parler de « *Rattachements mobiles* », plutôt que d'utiliser les expressions « *Rattachements variables et constants* » comme le fait RIGAUX, « *Cours de La Haye* » précité, ou les expressions « *Rattachements muables et immuables* », comme le fait VALLINDAS, « *Cours de La Haye* », précité.

C'est que, généralement, le rattachement ne « varie » pas, il ne se transforme pas. C'est, par exemple, la nationalité ou le domicile. Ce qui change est le lieu dans l'espace ou le moment dans le temps où se situent ces rattachements. Un individu qui avait la nationalité belge acquiert la nationalité française vingt ans plus tard. Un français résidant en Suisse, va fixer sa résidence en Allemagne quelques années plus tard.

Dans ces exemples, l'élément nationalité et l'élément domicile (ou résidence) restent toujours présents. Mais ils se déplacent dans l'espace ou dans le temps : ils sont *mobiles*.

71. Cf. LOUSSOUARN et BOUREL, n° 230 et ss., p. 307 et ss. ; BATIFFOL et LAGARDE, n° 320 et ss. ; Pierre MAYER, n° 263 et ss.

72. Par exemple : reconnaissance et légitimation d'enfant ; action à fins de subsides.

73. Sur les données de la controverse Cf. F. RIGAUX, « *Cours de La Haye* », précité, spéc. p. 381 et ss.

74. Sur l'évolution de la jurisprudence Cf. Jacques FOYER, *Filiation illégitime et changement de loi applicable*, *op. cit.*

75. *Cass. req.*, 9 juin 1921, *Mihaesco*, *Clunet* 1922, I, 41.

76. *Cass. civ.*, 28 juin 1932, *Clunet* 1933, 368.

77. L'expression est de MM. LOUSSOUARN et BOUREL, *Droit international privé*, n° 233.

78. En statuant de la sorte la Cour de Cassation reprenait à son compte la proposition de M. BATIFFOL, « *Chronique de jurisprudence internationale* », *R.C.D.I.P.*, 1934, 622.



79. Paris, 29 juin 1963, Witschy, *R.C.D.I.P.*, 1964, 300, concl. Souleau, note GRAULICH.

80. Cf. Jacques FOYER, *Filiation illégitime ...*, *op. cit.*, n° 158, p. 111.

81. Cf. l'article 1<sup>er</sup> de la Convention.

82. Pour une illustration de cette tendance Cf. Résolution de l'Institut de Droit International, session du Caire, *R.C.D.I.P.*, 1988, p. 133-134.

83. Cf. Résolution de l'Institut de Droit International, session de Dijon 1981, *R.C.D.I.P.*, 1981, p. 814 ; Clunet 1981, p. 972.

84. P. ROUBIER, « *Les conflits dans le temps* », tome I, p. 447 et ss ; *ibidem*, « Droit transitoire p. 232 et ss. ; p. 283 et s..

85. Cf. BATIFFOL et LAGARDE, tome II, n° 468, p. 115.

86. Cf. SIMON - DEPITRE et J. FOYER, *op. cit.*, n° 94 et ss.

87. BATIFFOL et LAGARDE, tome II, n° 469, p. 115 ; LOUSSOUARN et BUREL, n° 233.

88. Cf. SIMON-DEPITRE et FOYER, *op. cit.*, n° 94.

89. Cf. J.-P. LABORDE, *La pluralité ...*, *op. cit.*, p. 278 et ss.

90. BATIFFOL et LAGARDE, tome II, n° 470, p. 116.

91. J.-P. LABORDE, *La pluralité ...*, *op. cit.*, p. 283, n° 445.

92. *Ibidem*, p. 284.

93. Cf. nos développements, *supra* n° 12 à 18. Cf. également pour le droit international privé de la R.F.A., le commentaire précité, *R.C.D.I.P.*, 1987, spéc. p. 54-55, 63-70, et 75.

Pour une illustration jurisprudentielle Cf. Cass. civ. I, 31 janvier 1984, *R.C.D.I.P.* 1986, p. 689, note Jean-Pierre LABORDE ; *Bull. civ. I*, n° 40 ; J.C.P. 1984, II, 20, 224, conclusion Gulphe.

La solution critiquée par J.-P. LABORDE est fondée sur le fait que la Convention franco-yougoslave sur la loi applicable et la compétence en matière de droit des personnes et de la famille (*J.O.*, 24 mai 1973 ; *R.C.D.I.P.*, 1973, p. 570) en disposant en son article 8 que le divorce est régi par la loi nationale commune des époux, aurait repris les termes de la Convention franco-polonaise du 5 avril 1967, laquelle dispose en son article que la loi nationale commune à prendre en considération est celle existante « ... à la date de la présentation de la requête ».

Sur la portée de cette interprétation Cf. les conclusions de l'Avocat Général Gulphe et la critique de J.-P. LABORDE.

Il est vrai que les faits de l'espèce présentaient une double particularité : d'une part, ils appelaient l'application du droit conventionnel et d'autre part, les juridictions françaises statuaient en matière de compétence indirecte.

94. Pour une présentation de la question, Cf. BATIFFOL et LAGARDE, tome I, n° 314 et ss. ; LOUSSOUARN et BOUREL, n° 224 et ss.

95. *Ibidem*.

96. Cf. par exemple : SIMON - DEPITRE et FOYER, *op. cit.*, spéc., n° 65.

97. Cf. Paul LAGARDE, « Le droit transitoire des règles de conflit ... », *op. cit.*

98. Pour une prise en considération de l'effet matériel recherché dans l'application du droit transitoire Cf. J. Baptista MACHADO, *Sobre a aplicação no tempo do novo código civil : casos de aplicação imediata, critérios fundamentais*, coimbra 1968, spéc. p. 65 et ss. et 249 et ss.

99. Cass. civ., 13 janvier 1982, *R.C.D.I.P.*, 1982, 551 ; dans le même sens : Paris, 23 janvier 1987, D. 1987, IR. 348, obs. Audit. ;

100. Cf. Cass. civ. I, 7 janvier 1964, Munzer, Clunet 1964, 302, note GOLDMAN ; *R.C.D.I.P.*, 1964, 344, note BATIFFOL ; *J.C.P.*, 1964, II, 13590, note ANCEL ; *Grands Arrêts ...*, n° 40 ; et sur l'ensemble : A HUET, « Les procédures de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers ... », Clunet 1988, p. 5 et ss.

101. Pour le dernier état de la critique, Cf. notamment Paul LAGARDE, *Le principe de proximité ...*, *op. cit.*, p. 193 et ss.

102. Cf. T.G.I. Paris, 20 janvier 1977, *R.C.D.I.P.*, 1977, 335 note H. GAUDEMET-TALLON ; Cass. civ., 11 juillet 1977, *R.C.D.I.P.*, 1978, 149 note B. AUDIT ; Paris, 9 mai 1980, *R.C.D.I.P.*, 1980, 603 note J. FOYER.

103. Cf. Paul LAGARDE, « Le droit transitoire des règles de conflit après les réformes récentes ... », *op. cit.*, spéc. p. 104 et ss.

104. Cf. notamment, Pierre MAYER *Droit international privé*, n° 376 ; B. AUDIT, note précitée.

105. Sur cette diversité, en droit international privé Cf. J. HÉRON, « L'application dans le temps des règles de conflit », *op. cit.* et en droit interne, L. Bach, « Contribution à l'étude du problème de l'application des lois dans le temps », *R.T.D. civ.*, 1969, 405 et HÉRON, « Etude structurale de l'application de la loi dans le temps (à partir du droit civil) » *R.T.D. Civ.*, 1985, 277.

106. Cf. Paris 10 novembre 1971, Mack TRUCKS, *Clunet* 1973, 239 note A. HUET ; *Rev. trim. dr. Com.*, 1972, 239, obs. LOUSSOUARN.

107. Cf. Cass. civ. I., 6 février 1985, Simitch, *R.C.D.I.P.* 1985, 369, *Clunet* 1985, 460, note A. HUET ; D 1986, 469, note J. MASSIP ; *ibidem*, I.R., 497, B. AUDIT ; chronique F. FRANCESCAKIS, *R.C.D.I.P.* 1985, 243.

108. Résolution adoptée à la session de Dijon, précitée : *R.C.D.I.P.*, 1981, 814 ; *Clunet* 1981, 972.

109. Sur le rôle de protection joué par les rattachements alternatifs Cf. nos développements, *supra*, n° 40 à 54. Et en cas de changement dans le droit applicable, le problème peut se compliquer davantage. On fait alors application du droit transitoire du droit désigné par la règle de conflit, lequel peut décider que la loi ancienne et la loi nouvelle s'appliquent alternativement pour protéger les droits acquis.

110. En ce sens : P. LAGARDE, « Le droit transitoire ... », *op. cit.*, p. 104 et ss. ; B. AUDIT, note sous civ., 11 juillet 1977, préc. spéc. p. 157 ; Pierre MAYER, qui affirme que si la loi ancienne « ... conduit à un refus d'efficacité et la règle de conflit nouvelle au résultat inverse, l'efficacité pourrait être admise : elle ne rencontre plus d'obstacle » (p. 236, n° 376).

111. Sur les effets indépendants d'exequatur, Cf. notamment, A. HUET, « Les procédures de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers ... », *op. cit.*, Pierre MAYER, n° 393 et ss.

112. Cf. Paul LAGARDE, *Le principe de proximité ...*, *op. cit.*, spéc., n° 199, p. 186-188.

113. Cf. Jacques FOYER, note sous Paris, 9 mai 1980, précité, spéc. p. 613.

114. ROUBIER, *Le droit transitoire*, n° 107, p. 577.

115. *Ibidem*, « Les conflits dans le temps en droit international privé », *R.C.D.I.P.*, 1931, p. 78, et ss. ; GAVALDA, « Les conflits dans le temps ... », *op. cit.*, n° 110 et ss., p. 142 et ss.

116. Cf. LOUSSOUARN et BOUREL, « *Droit international privé* », 1978, p. 299, note 3 ; Courbe, « Les objectifs temporels ... », *op. cit.*, n° 229.

117. En ce sens, GRAULICH, *Rép. Dalloz dr. int. privé*, n° Conflits dans le temps, n° 40 ; *ibidem*, *Introduction à l'étude du droit international privé*, n° 58.

118. En ce sens déjà GAVALDA, *op. cit.*, n° 136 et ss. ; p. 179 et ss.

119. Cf. Pierre MAYER, n° 257.

120. Cf. décisions citées, note 102.

121. Pour un exemple, Cf. T.G.I., Paris, 20 janvier 1977, Lofiego, *R.C.D.I.P.*, 1977, 335, note Gaudemet-Tallon.

122. Cf. Paris, 9 mai 1980, précité.

123. Cf. Cass. civ. I., 13 janvier 1982, précité.

124. Cf. Pierre MAYER, n° 259, p. 158 ; LEQUETTE et ANCEL, *Grands Arrêts*, p. 456.

125. Cf. LEQUETTE et ANCEL, *op. cit.*, p. 148-149 ; Paul LAGARDE, « Le principe de proximité », *op. cit.*, p. 56 et ss.

126. Affirmant le caractère substantiel de la règle M. Pierre MAYER y voit une « Règle substantielle interne qui prend en considération des règles éventuellement étrangères ». L'affirmation est contestable car le degré de substantialité de la règle alternative dépend de la structure externe de la règle, de la position des rattachements et du degré de localisation des rattachements. Cf. nos développements *supra*, n° 55 et ss.

C'est dire que la règle à rattachements alternatifs n'est manifestement pas une « règle substantielle interne ». D'ailleurs, elle ne s'applique pas aux litiges purement internes, ce qui est un critère de distinction suffisant.

127. On pourrait justifier cette démarche par comparaison avec celle que le juge effectue pour statuer sur le « principe d'actualité de l'ordre public ».

Pour un exemple de la distorsion résultant du droit transitoire, Cf. Cass. civ. I, 12 mai 1988, *précité*.

Dans cette affaire les juges, après avoir écarté le droit belge en invoquant le principe d'actualité de l'ordre public, ont fait application du droit français tel qu'il existait en 1922.

128. Peut-on valablement exclure de cette solution les cas soumis aux règles alternatives de la loi du 3 janvier 1972, sous prétexte qu'il s'agit de règles liées au droit interne par leur contenu substantiel ? N'est-ce pas là contredire la volonté même de l'auteur de la règle qui était de faire montre du plus grand libéralisme ? Comment justifier que lorsque le droit est acquis en France le libéralisme s'impose et que lorsqu'il est acquis à l'étranger c'est la sévérité qu'on oppose ?

129. Cf. Paris, 9 mai 1980, *précité*.

130. Cf. résolution de Dijon, *précitée*.

131. Cf. l'art. 27-4°, de la Convention de Bruxelles, du 27 septembre 1968.

Et ouvrant une option entre le droit conventionnel et le droit commun. Cf. Les conventions de La Haye sur les aliments de 1958, (art. 11) et de 1973 (art. 23). De même la Convention franco-britannique du 18 janvier 1934 (art. 3, § 1 et 4, § 1). Et les Conventions Franco-Egyptienne, Franco-Roumaine, Franco-Tunisienne, Franco-Marocaine... ; (les textes de ces conventions ont été publiés à la *Revue critique de droit international privé* et ont été rassemblés dans un recueil édité par le Ministère de la Justice sous le titre *Entraide Judiciaire Internationale en Matière Civile et Commerciale*).

132. Contre l'opinion de Bartin (Principes de droit international privé, tome I, § 203), M. FRANCESCAKIS vient de proposer l'admission d'une option laissée au soin des parties. (*R.C.D.I.P.*, 1985, p. 270).

## CHAPITRE TROISIÈME

### Essai de correction du système alternatif par le principe de proximité

*« Ceux qui dédaignent l'histoire du droit, ceux qui prétendent que la connaissance de l'histoire donne une prédilection pour le maintien des institutions surannées, méconnaissent que la tradition continue à être une force réelle qu'on ne peut combattre avec succès qu'en recherchant ses sources et en démontrant que les raisons d'être d'autrefois n'existent plus ».*  
MEIJERS, *L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé...*, R.C.A.D.I., 1934.III.p. 672.

157. — Il a été relevé que le système alternatif dérange le fonctionnement de tout système fondé sur des règles de facture classique<sup>1</sup>. Mais une analyse rétrospective de l'évolution du droit international privé des dernières décennies montre que l'admission du système alternatif dans le droit international privé contemporain est d'ores et déjà un fait<sup>2</sup>, et une analyse prospective permet de dire que l'on assistera, dans les prochaines décennies, à une progression de cette tendance.<sup>3</sup>

Dès lors, la question se pose de savoir comment, sinon éviter du moins atténuer cette tendance à « déranger » le fonctionnement du droit international privé classique que l'on impute au système alternatif. En d'autres termes il convient de savoir comment organiser la coexistence du système classique et du système alternatif<sup>4</sup>.

Pour répondre à la question posée il convient de constater, avant tout, que le système alternatif ne constitue pas une *exception* au système classique. Il n'en constitue qu'une *dérogation*. Imaginé par la doctrine et par la pratique

pour « corriger » le caractère « abstrait » et « aveugle » de la règle de conflit classique, le système alternatif ne peut-il pas faire appel au système classique pour « corriger » certaines de ses insuffisances ? La réponse semble devoir être affirmative.

En effet, la règle de conflit à rattachements alternatifs est une règle de rattachement qui ne fonctionne qu'en raison des *attaches* avec le for de l'affaire qu'elle régit. Elle n'est pas une règle purement substantielle. La substantialité de la règle à rattachements alternatifs est graduée en fonction de facteurs divers et parmi les facteurs qui influent dans la détermination du degré de substantialité de la règle il y a le degré de localisation de ses rattachements<sup>5</sup>.

C'est, justement, parce que les règles à rattachements alternatifs sont hybrides qu'il est possible d'envisager leur correction dans un sens leur permettant de coexister, sans heurts, avec les règles de conflit classiques.

158. — Il a été proposé de renforcer la méthode classique par la recherche de la loi avec laquelle l'affaire présenterait les *liens les plus étroits*<sup>6</sup>. Et il semble que le « *principe de proximité* » soit d'ores et déjà une constante de la réglementation du droit international privé des Etats européens à l'heure actuelle<sup>7</sup>. Aussi, il semble raisonnable de se fonder sur le « principe de proximité » pour essayer de corriger le système alternatif<sup>8</sup>. Un exemple de cette possibilité de correction peut être trouvé dans l'article 14 *EGBGB* nouveau, relatif aux « effets généraux du mariage ». Ce texte dispose en son § 3 que : « *Les époux peuvent choisir la loi de l'Etat dont l'un d'eux est ressortissant...* ». Mais cette possibilité d'option de législation est immédiatement corrigée par le principe de proximité. Ainsi, d'une part l'option est écartée lorsque les deux époux ont leur résidence habituelle dans le même Etat et d'autre part les effets de l'option « prennent fin lorsque les époux acquièrent une nationalité commune ».

C'est dire que l'option de législation n'est pas un principe intangible. La justice du cas cède le pas à la justice du rattachement chaque fois qu'il est possible de trouver un rattachement permettant l'application d'une loi appropriée. L'existence d'une résidence habituelle commune ou d'une nationalité commune étant la marque de la proximité du droit applicable, l'option de législation s'efface au profit de la localisation.

Ce même effet de correction du principe de proximité se retrouve dans l'article 29 *EGBGB* nouveau, lequel dispose que : « ...le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle », si le rapport de droit a des liens étroits avec cette dernière. Et le texte énumère les éléments de rattachement susceptibles de caractériser ces liens : accomplissement dans ce pays des actes nécessaires à la conclusion du contrat, réception de la commande, voyage organisé par le vendeur pour inciter le consommateur à conclure une vente<sup>9</sup>.

En somme, on peut essayer de corriger le système alternatif par l'application du principe de proximité, lequel « tend à devenir un principe fédérateur de l'ensemble des règles de conflits »<sup>10</sup>. La possibilité de correction étant ainsi

démontrée, il convient, pour aborder le fond de la question, de rechercher la position du problème (section I) avant d'exposer la méthodologie de solution proposée (section II).

## Section I

### **Position du problème : l'opposition entre la méthode fondée sur l'option et la méthode fondée sur la proximité**

159. — Il y a, en principe, une opposition entre le système alternatif et le principe de proximité. Alors que le premier est fait pour servir un objectif de droit matériel voulu par l'auteur de la règle de conflit, ce qui postule l'application de la loi qui permet la réalisation de l'effet matériel escompté quel que soit le lien, étroit ou lâche, que cette loi peut avoir avec le rapport de droit<sup>11</sup>, le second exige que la loi à appliquer ait un *lien étroit* avec l'affaire à régir. Le premier sert la recherche d'un résultat matériel. Le second ne se préoccupe que de la localisation du rapport de droit<sup>12</sup>.

Mais cette opposition entre le système alternatif et le principe de proximité n'est pas irréductible. Il suffit, pour s'en convaincre, de remarquer que le système alternatif fait appel, pour son fonctionnement, à des *règles de rattachement* dont le degré de substantialité varie, notamment, en fonction du degré de localisation<sup>13</sup>. L'option de législation n'est pas un but en soi. Elle est l'expression de la recherche d'une solution satisfaisante du conflit de lois selon les conceptions de l'Etat du for. Si, comme il a été relevé, ces règles de conflit à finalité matérielle ne constituent qu'un « pis-aller »<sup>14</sup>, la politique législative de l'Etat du for peut être également défendue par le principe de proximité, dès lors qu'un rapprochement des législations permet la construction d'une communauté de droits<sup>15</sup>.

En somme, l'opposition entre la méthode fondée sur l'option et la méthode fondée sur la proximité n'étant pas irréductible, il est possible de dire que si, *en principe*, l'option exclut la localisation (§ 1), il faut y apporter un *tempérament*, compte tenu de la nature hybride des règles à rattachements alternatifs (§ 2).

#### **§ 1. — Le principe : l'option exclut la localisation**

160. — Le système alternatif est un système fondé sur l'option de législation. Les règles de conflit qui sont à la base du système sont des règles à *finalité matérielle*<sup>16</sup>, elles sont édictées en vue de l'obtention d'un résultat recherché par son auteur. Il en résulte que la recherche d'un résultat ne peut pas être écartée par le critère fondé sur le lien le plus étroit, d'une part (A) et ceci d'autant que l'autonomie de la volonté n'est pas un critère localisateur (B).

*A — La recherche d'un résultat ne peut pas être écartée par le critère fondé sur le lien le plus étroit*

161. — Lorsque l'auteur de la règle de conflit a édicté des rattachements alternatifs, le résultat par lui recherché ne peut pas être écarté par l'application d'un critère fondé sur le lien le plus étroit car, la logique du système alternatif exige que le *caractère substantiel* de la règle l'emporte sur son *caractère indirect*, d'une part (a) et aussi parce que, dans certains cas la *localisation* doit être exclue en raison de la *titularité de l'option* (b).

*a) Le caractère substantiel l'emporte sur le caractère indirect de la règle.*

162. — La règle de conflit classique est une règle de caractère indirect. Elle ne donne pas une solution directe au litige, mais se borne à indiquer l'Etat qui fournira la règle substantielle qui régira le rapport de droit<sup>17</sup>. Il s'agit d'une règle fondée sur la localisation du rapport de droit en fonction des attaches que ce dernier a avec la loi d'un Etat déterminé. Cette localisation s'effectue à travers la recherche des *liens les plus étroits* que le rapport de droit présente avec une loi<sup>18</sup>.

La règle de conflit à rattachements alternatifs est édictée pour permettre l'obtention d'un résultat de droit matériel. L'auteur de la règle signifie à ses destinataires qu'il entend promouvoir une certaine politique législative et que cet objectif peut être atteint par l'intervention concurrente des rattachements que la règle de conflit contient. Le plus important est, par conséquent, l'obtention du résultat et non pas la localisation du rapport de droit. On applique la loi qui permet d'obtenir le résultat recherché quel que soit le lien — étroit ou lâche — que cette loi entretient avec le rapport de droit.

163. — Une illustration de ce qui vient d'être dit peut être trouvée dans un arrêt rendu le 25 novembre 1986 par la Cour de cassation française<sup>19</sup>. En l'espèce la question se posait de savoir à qui accorder l'autorité parentale d'une enfant née avant le mariage de ses parents. Les juges du fond, considérant qu'il s'agissait d'un enfant naturel ont accordé l'autorité parentale à la mère, conformément à l'article 374 du Code civil français. Statuant sur pourvoi du mari, de nationalité tunisienne, la Cour de cassation, après avoir visé l'article 311-16 du Code civil, casse l'arrêt au motif « ...*qu'en se déterminant ainsi sans rechercher, au besoin d'office, si l'enfant Christelle n'avait pas été légitimée selon la loi tunisienne, loi personnelle du père, la Cour d'Appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

Il convient de remarquer tout de suite que la Cour de cassation ne se préoccupe pas de savoir si le rapport de droit était localisé en France ou en Tunisie, si elle avait des *liens plus étroits* avec l'un ou l'autre de ces deux pays. Or, les juges du fond avaient, certainement, fait application de la loi française non seulement parce qu'elle était la loi du for, mais également parce qu'elle était la *loi nationale commune* et la *loi du domicile commun* de la mère et de l'enfant. La cassation de l'arrêt rendue par les juges du fond est, d'une part, une

critique faite à la tendance à l'application systématique de la loi du for et, d'autre part, un rappel des règles de fonctionnement du système alternatif.

En effet, l'article 311-16 du Code civil dispose que le mariage emporte légitimation lorsque au jour où l'union est célébrée, cette conséquence est admise soit par la loi régissant les effets du mariage, soit par la loi personnelle des époux, soit par la loi personnelle de l'enfant. Or, les juges du fond avaient consulté la loi française, loi personnelle de la mère et de l'enfant et avaient constaté que les conditions de la légitimation *post-nuptias* n'étaient pas réunies, en l'espèce. Ils avaient, néanmoins, omis de consulter la loi personnelle du père, la loi tunisienne<sup>20</sup>. La cassation était, dès lors, inéluctable.

164. — C'est dire que la recherche d'un résultat ne peut pas être écartée par le critère fondé sur le lien le plus étroit. Peu importe que l'affaire ait des liens plus étroits avec un pays déterminé, le caractère substantiel de la règle de conflit doit l'emporter sur son caractère indirect. Cet aspect de la question peut être remarqué parce que, en l'espèce, la Cour de cassation reproche aux juges du fond le fait de n'avoir pas recherché, « *au besoin d'office* », si le résultat recherché par l'article 311-16 du Code civil pouvait être atteint par l'application de la loi tunisienne.

L'opposition entre la méthode fondée sur l'option et la méthode fondée sur la proximité apparaît donc clairement dans l'hypothèse que nous venons d'analyser. Mais elle apparaît, également, lorsqu'on constate que la localisation peut être exclue en raison de la titularité de l'option.

*b) La localisation peut être exclue en raison de la titularité de l'option*

165. — L'auteur de la règle de conflit accorde parfois aux parties la possibilité d'opter pour telle ou telle législation. Ainsi, par exemple, l'article 14 § 3 de l'EGBGB nouveau de la République fédérale d'Allemagne dispose que les époux peuvent choisir la loi dont l'un d'eux est ressortissant, dans certaines conditions prédéterminées, pour régir les effets du mariage. De même l'article 311-18 du Code civil français accorde à l'enfant une option pour l'exercice de l'action à fins de subsides.

En accordant une option de législation aux parties intéressées l'auteur de la règle signifie à ses destinataires que l'objectif de droit matériel recherché peut être atteint par l'application du rattachement sélectionné, quelque soit le lien — étroit ou lâche — que la loi appliquée a avec le rapport de droit. Il serait malencontreux de laisser jouer ici le principe de proximité. L'expectative légitime des parties et celle de l'auteur de la règle ne risquent-elles pas d'être remises en cause par l'application d'une loi qui aurait des liens étroits avec le rapport de droit, mais ne consacrerait pas le résultat recherché par les parties intéressées et voulue par l'auteur de la règle ?

Si l'option exercée par les parties intéressées permet d'obtenir le résultat escompté pourquoi introduire un élément perturbateur, tel que le principe de proximité, qui ne tient *a priori* pas compte de l'effet de droit matériel recherché ? Comme il était relevé, récemment « ...la clause d'exception qui sacrifie la certitude à la proximité n'est acceptable que si elle trouve sa contrepartie



dans la possibilité pour les sujets de droit de rétablir la certitude par un choix de la loi applicable, lui-même à l'abri de toute correction <sup>21</sup> ».

Ici, comme dans le cas précédent, l'option exclut la localisation. Mais cela n'est dû plus seulement au fait que le caractère substantiel de la règle doit l'emporter sur le caractère indirect. Une raison supplémentaire s'y ajoute. C'est que l'option étant laissée au soin des parties, la localisation doit être exclue pour respecter l'expectative de ces dernières.

166. — Il en va, en effet, différemment lorsque l'option appartient au juge saisi de la cause. Certes, il est tenu de rechercher si le résultat peut être atteint par l'application de l'un des rattachements prévus par la règle de conflit et ce, *au besoin d'office*. Mais rien ne lui interdit de procéder par ordre.

Telle semble avoir été la démarche de la Cour d'appel de Versailles dans l'arrêt cassé par la Cour de cassation le 25 novembre 1986<sup>22</sup>. L'application faite de la loi française à l'exclusion de la loi tunisienne résulte tant du fait que cette dernière n'avait pas été invoquée, que du fait que l'application de la loi française semblait s'imposer en raison des rattachements de l'affaire avec la France : mariage contracté en France, nationalité française commune de la mère et de l'enfant, domicile commun de la mère et de l'enfant sur le territoire français... C'est dire que si la loi française avait consacré la légitimation, une consultation éventuelle de la loi tunisienne se serait avérée inutile. Le résultat ayant été atteint, même par le biais de la localisation, celle-ci s'effacerait pour ne laisser entrevoir que celui-là. Le résultat obtenu ferait oublier la démarche effectuée pour l'obtenir.

Il est donc certain que la recherche d'un résultat ne peut pas être écartée par le critère fondé sur le lien le plus étroit. Et cette opposition entre *l'option* et la localisation peut être justifiée, encore, par le fait que l'autonomie de la volonté n'est pas un critère localisateur.

#### *B — L'autonomie de la volonté n'est pas un critère localisateur*

167. — Il a été souligné que l'autonomie de la volonté représente, en quelque sorte, un cas extrême du rattachement alternatif en droit international privé<sup>23</sup> et qu'elle constituait un rattachement substantiel <sup>24</sup>. Or, l'option de législation offerte aux parties consacre, indubitablement, l'autonomie de la volonté. C'est ainsi que cette dernière a étendu peu à peu son domaine, passant de son domaine d'élection — les obligations contractuelles — à d'autres domaines tels que le droit de la famille ou le droit des successions<sup>25</sup>.

Cette avancée du droit d'option dans la solution du conflit de lois est l'expression d'une recherche de la solution la plus satisfaisante possible du conflit de lois par l'application de *la loi la plus appropriée*<sup>26</sup>. La loi choisie par les parties est supposée être la *lex conveniens* parce qu'elle exprime l'attente légitime des parties. L'auteur de la règle fixe les limites dans lesquelles les parties peuvent régir leurs rapports juridiques. Ce faisant il laisse aux parties la faculté de choisir la loi qui leur est la plus convenable.

L'autonomie de la volonté exclut la localisation car elle postule une règle substantielle ou, comme l'a exprimé M. P. Lagarde, « ...la clause d'exception n'a pas sa place car il n'y a pas lieu de corriger par le principe de proximité une règle de conflit qui se confond précisément avec ce principe<sup>27</sup> ».

168. — Ainsi, l'opposition entre la méthode fondée sur l'option et la méthode fondée sur la proximité semble être commandée par le principe selon lequel l'option exclut la localisation. Et ceci parce que le résultat recherché ne peut pas être écarté, d'une part, et que l'autonomie de la volonté n'est pas un critère localisateur, d'autre part.

Mais cette conclusion doit être nuancée. D'une part, parce que le résultat recherché par l'auteur de la règle ne peut être atteint que par l'application des lois découlant des rattachements prévus dans la règle de conflit. D'autre part, parce que l'autonomie de la volonté impliquée par le système alternatif diffère de celle appliquée dans le droit des contrats. Dans le système alternatif l'auteur de la règle ne se désintéresse pas du résultat recherché, alors que dans le domaine des obligations contractuelles l'auteur de la règle se désintéresse du résultat. Ou, comme il a été relevé : « C'est seulement à partir du moment où la règle de conflit tend à se cristalliser en certaines présomptions prédéterminées de façon abstraite que le besoin d'une clause d'exception fait son apparition<sup>28</sup> ».

Aussi, le principe que nous venons d'analyser doit s'accompagner d'un *tempérament*, compte tenu de la nature hybride des règles à rattachements alternatifs. C'est à l'analyse de ce tempérament que nous nous attacherons, à présent.

## § 2. — Le tempérament : la nature hybride des règles à rattachements alternatifs

169. — La conclusion à laquelle nous sommes parvenus dans le précédent paragraphe doit être complétée par les conséquences qui découlent de la nature même des règles à rattachements alternatifs. En effet, ce type de règles a une « *nature composite* »<sup>29</sup>, en ce sens qu'elles intègrent un élément conflictuel — *le rattachement* — et un élément matériel — *l'indication du résultat*. C'est cette nature « *hybride* »<sup>30</sup> de la règle de conflit alternative qui impose le tempérament apporté au principe que nous venons de dégager.

C'est que, d'une part, le résultat recherché ne peut être atteint que par le biais des rattachements contenus dans la règle de conflit (A) et, d'autre part, ce même résultat n'est pas toujours atteint par l'application des lois visées par la règle de conflit (B).

### *A — Le résultat recherché dépend du contenu des lois visées par la règle de conflit*

170. — La règle à rattachements alternatifs constitue un « procédé intermédiaire entre la règle de conflit classique et la règle purement substantielle »<sup>31</sup>. Elle ne tranche pas directement un litige, elle indique les rattachements susceptibles de permettre l'obtention du résultat qu'on recherche.

171. — Une illustration de ce que nous venons de dire peut être trouvée, par exemple, de l'analyse de dispositions telles que l'article 311-18 du Code civil français. Ce texte dispose, en effet : « l'action à fins de subsides est régie au choix de l'enfant, soit par la loi de sa résidence habituelle, soit par la loi de la résidence habituelle du débiteur ». C'est dire que pour obtenir des aliments — le résultat recherché — l'enfant ne peut faire recours qu'aux deux lois qui découlent des rattachements contenus dans la règle de conflit : soit la loi de sa résidence habituelle, soit celle de la résidence du débiteur.

La nature hybride de la règle de conflit apparaît donc clairement. L'on peut même relever que la règle se révèle être plus une *règle de rattachement* qu'une *règle substantielle* car en limitant le nombre des rattachements sur la base duquel le résultat aurait pu être atteint son auteur laisse planer le doute sur la possibilité réelle d'atteindre ce résultat <sup>32</sup>.

172. — La jurisprudence confirme, d'ailleurs, l'analyse que nous proposons ici. Ainsi, par exemple, dans l'affaire qui a donné origine à l'arrêt de la Cour de cassation, en date du 25 novembre 1986<sup>33</sup>, la Cour suprême reproche aux juges du fond le fait de ne pas avoir recherché si l'enfant « ...n'avait pas été légitimée selon la loi tunisienne, loi personnelle du père ... ». Et cela s'explique par le fait que l'article 311-16 du Code civil, sous le *visa* duquel la cassation s'est opérée dispose que le mariage emporte légitimation seulement lorsque l'une des lois qui découlent des rattachements qu'il prévoit admet cette conséquence. Ce n'est donc pas n'importe quelle loi qui doit être consultée, mais uniquement la loi des effets du mariage, la loi personnelle des époux et la loi personnelle de l'enfant.

La nature hybride de la règle apparaît ici, aussi, très clairement. Pour obtenir le résultat recherché — la légitimation — il faut utiliser les rattachements contenus dans la règle de conflit : sans rattachement, pas de résultat<sup>34</sup>. En somme la règle à rattachements alternatifs n'est pas une règle purement substantielle. Et l'on peut illustrer ce dernier propos en constatant que parfois l'auteur de la règle de conflit complète la règle à rattachements alternatifs par la référence qu'il fait à un critère localisateur (a) et d'autres fois, l'auteur de la règle y intègre l'élément de localisation permettant d'obtenir le résultat souhaité (b).

*a) L'élément localisateur adjoint aux rattachements alternatifs*

173. — Le modèle des règles du premier type peut être illustré par la loi sur le divorce adoptée par les Pays-Bas le 25 mars 1981, dont la teneur est la suivante :

*1. La question de savoir si, et pour quelles causes, la dissolution du mariage ou la séparation de corps peut être demandée ou requise, est tranchée :*

- a) si les parties ont un droit national commun : par ce droit-là ;
- b) si un droit national commun fait défaut : par la loi de la résidence habituelle des parties ;
- c) à défaut de droit national commun et de résidence habituelle dans un même pays : par le droit néerlandais.

2. Pour l'application de l'alinéa précédent, est assimilé à l'absence d'un droit national commun le cas où, pour l'une des parties, un lien social effectif avec le pays de la nationalité commune fait manifestement défaut. Dans ce cas là, le droit national commun est néanmoins appliqué si les parties optent conjointement pour ce droit ou si une telle option par une des parties n'a pas été contestée.

3. ...

4. Nonobstant les alinéas précédents, le droit néerlandais est appliqué si les parties optent conjointement pour ce droit ou si une telle option par une des parties n'a pas été contestée.

174. — Cette règle de conflit est une règle à rattachements alternatifs qui accorde à l'une ou aux deux parties une *option de législation* entre la loi nationale commune des époux et la loi néerlandaise. Ce n'est qu'à défaut d'option que les *rattachements subsidiaires* du paragraphe premier peuvent s'appliquer<sup>35</sup>.

Et il faut remarquer ici le fait que l'élément localisateur a été adjoint aux rattachements alternatifs. Les parties (ou l'une d'entre elles) ne peuvent opter que pour la loi nationale commune ou pour la loi néerlandaise. Dans le premier cas c'est le rattachement prévu par le paragraphe 1, alinéa a) qui va s'appliquer. Dans le second cas c'est le rattachement prévu par le paragraphe 1 alinéa b) qui va s'appliquer, puisque par hypothèse les parties ont leur résidence commune aux Pays-Bas, ou alors le paragraphe 1, alinéa c) puisque, par hypothèse, l'une des parties a sa résidence aux Pays-Bas.

C'est dire que par le biais de l'option offerte aux parties l'auteur de la règle de conflit signifie à ses destinataires que le juge saisi de la cause n'appliquera pas une loi que les parties n'auraient pas pu choisir elles-mêmes. C'est l'hypothèse que nous avons étudiée, en première partie de notre recherche, dans laquelle l'intérêt des parties et le choix du juge sont convergents<sup>36</sup>. Soit les parties exercent l'option que leur est offerte et le juge ne pourra pas corriger l'option car les *rattachements de rechange* coïncident avec ceux-là mêmes que les parties auraient pu utiliser, soit les parties n'exercent pas l'option et le juge ne peut utiliser d'autres rattachements que ceux qui entraient dans le champ de l'option offerte aux parties.

Ceci prouve bien que les règles à rattachements alternatifs sont des règles hybrides et que le résultat recherché dépend du contenu des lois visées par les rattachements contenus dans la règle de conflit.

Mais le modèle que nous venons d'analyser n'est pas unique. L'auteur de la règle au lieu de faire une *adjonction* de l'élément localisateur, en fait parfois une *intégration* dans la règle de conflit à rattachements alternatifs.

*b) L'élément de localisation intégré dans les rattachements alternatifs*

175. — Le modèle des règles à rattachements alternatifs intégrant en son sein l'élément localisateur peut être illustré par les règles posées par la Convention de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires.

On sait que cette convention utilise des rattachements alternatifs hiérarchisés<sup>37</sup>, en fonction d'un seuil : « la loi interne de la résidence habituelle du créancier d'aliments régit les obligations alimentaires... » (art. 4, alinéa 1) ; « la loi nationale commune s'applique lorsque le créancier ne peut obtenir d'aliments du débiteur en vertu de la loi visée à l'article 4 (art. 5) ; « la loi interne de l'autorité saisie s'applique lorsque le créancier ne peut obtenir d'aliments du débiteur en vertu des lois visées aux articles 4 et 5 (art. 6) ».

Il est évident que le résultat recherché — l'obtention d'aliments — dépend du contenu des lois visées par les rattachements. Et l'on peut remarquer que l'élément de localisation est, cette fois-ci, intégré dans les rattachements en alternative. Le passage d'une loi à une autre n'est pas arbitraire. Il faut suivre l'ordre des rattachements.

Le dernier rattachement prévu, qui consacre *le lien entre la compétence judiciaire et la compétence législative* marque bien le degré d'intégration de l'élément localisateur dans les rattachements en alternative car il fait coïncider l'élément résidence avec le siège de l'autorité saisie. N'est-ce pas déjà *la consécration du principe de proximité pour corriger le système alternatif* ? Nous y reviendrons lors de la deuxième section de cette recherche.

Pour l'heure, il convient simplement de conclure que le principe selon lequel l'option exclut la localisation mérite d'être tempéré parce que le résultat recherché dépend du contenu des lois visées par les rattachements contenus dans la règle de conflit. Et c'est parce que les règles à rattachements alternatifs ont une nature hybride que le résultat recherché n'est pas toujours atteint par l'application des lois visées par la règle de conflit.

C'est ce qu'il convient de démontrer à présent.

*B — Le résultat recherché n'est pas toujours atteint par l'application des lois visées par la règle de conflit*

176. — Si la règle à rattachements alternatifs était une règle « purement substantielle », la finalité matérielle devant l'emporter sur toutes les autres considérations de justice, le résultat recherché par l'auteur de la règle aurait dû être toujours atteint.

Or, l'auteur de la règle de conflit prend généralement le risque de ne pas voir atteint le résultat recherché<sup>38</sup>, soit parce qu'il limite lui-même le nombre de lois dont pourrait résulter le résultat recherché (a), soit parce qu'il laisse à chaque droit substantiel concerné le soin d'établir les conditions spéciales requises pour que le résultat soit atteint (b).

Ce sont ces deux hypothèses que nous essayerons d'illustrer dans les développements qui vont suivre.

*a) Limitation des possibilités d'atteindre le résultat par limitation du nombre des rattachements en concours*

177. — Les possibilités d'atteindre le résultat escompté peuvent être limitées par le nombre des rattachements visés par la règle de conflit.

Il est, en effet, rare que l'auteur de la règle de conflit alternative se réfère à un nombre de rattachements indéterminés<sup>39</sup> tel que *la loi la plus favorable*, sans le délimiter par l'indication des rattachements à consulter<sup>40</sup>. Aussi, la règle à rattachements alternatifs qui met en concours le nombre le plus large de rattachements est l'article premier de la Convention de La Haye sur la forme des dispositions testamentaires. Ce texte met, en effet, en concours plus de cinq rattachements dans l'espace et les double, parfois, de rattachements dans le temps.

Mais, d'une manière générale, l'auteur de la règle de conflit alternative prend soin de limiter l'étendue de l'option<sup>41</sup>. Et l'étendue de l'option ne doit pas être trop large sous peine de transformer le sens de la règle de conflit<sup>42</sup>. C'est que le degré de substantialité de la règle de conflit alternative dépend aussi de sa structure externe<sup>43</sup>.

178. — Aussi, l'auteur de la règle de conflit alternative limite le nombre des rattachements en concours pour que la règle puisse garder son véritable sens. Ce faisant, cependant, l'auteur de la règle prend le risque de ne pas voir atteint le résultat escompté.

Ainsi, par exemple, l'article 311-18 du Code civil français dispose : « L'action à fins de subside est régie au choix de l'enfant, soit par la loi de sa résidence habituelle, soit par la loi de la résidence habituelle du débiteur ». Il résulte de l'analyse de ce texte que si la loi de la résidence habituelle de l'enfant et celle du débiteur refusent toutes les deux des aliments à l'enfant ce dernier n'a plus aucune possibilité de l'obtenir. Le résultat escompté risque de ne pas être atteint parce que l'auteur de la règle de conflit, en limitant le nombre des rattachements en concours, a limité par là même les possibilités d'atteindre le résultat.

C'est, d'ailleurs, l'une des raisons pour lesquelles nous avons soutenu, plus haut, que la recherche d'un résultat est un fondement autonome du renvoi lors de la mise en œuvre du système alternatif. En élargissant l'étendue de l'option le renvoi offre une possibilité supplémentaire d'obtenir le résultat escompté<sup>44</sup>.

L'auteur de la règle de conflit n'ignore, d'ailleurs pas cette limitation qui résulte du nombre des rattachements en concours. Ainsi la Convention de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires, limite doublement les possibilités d'obtention du résultat : d'une part en limitant le nombre des rattachements en concours, d'autre part en établissant une hiérarchie entre eux. « La loi interne de la résidence habituelle du créancier d'aliments régit les obligations alimentaires... » (art. 4, alinéa 1) ; « La loi nationale commune s'applique lorsque le créancier ne peut obtenir d'aliments du débiteur en vertu de la loi visée à l'article 4 » (art. 5) ; « la loi interne de l'autorité saisie s'applique

*lorsque le créancier ne peut obtenir d'aliments du débiteur en vertu des lois visées aux articles 4 et 5 » (art. 6).*

Et si le créancier ne peut pas, non plus, obtenir d'aliments en vertu de la loi interne de l'autorité saisie ? Il est certain que le résultat escompté ne sera pas atteint. Le nombre des rattachements étant limité, les possibilités de concrétisation de l'effet matériel se trouvent elles aussi limitées. La nature hybride des règles à rattachements alternatifs se trouve donc ainsi confirmée. Et ce dernier aspect apparaît plus clairement lorsqu'on constate que, l'auteur de la règle de conflit laisse à chaque droit substantiel le soin d'aménager les conditions dont dépendraient la réalisation du but de droit matériel recherché.

*b) Chaque droit matériel visé établit les conditions nécessaires à l'obtention du résultat*

179. — Les termes mêmes employés par la Convention de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires montrent bien que c'est de la « *loi interne* » donc du droit substantiel que dépend la réalisation de l'objectif visé par l'auteur de la règle de conflit.

Et le résultat recherché risque de ne pas être atteint car chaque droit substantiel établit les conditions nécessaires à son obtention<sup>45</sup>. Aussi, parfois, certains destinataires de la règle de conflit font prévaloir la finalité matérielle, au détriment de caractère conflictuel de la règle<sup>46</sup>, montrant par là-même qu'ils n'ont pas perçu la distinction entre les « normes primaires » et les « normes secondaires » en droit international privé<sup>47</sup>.

180. — C'est que l'auteur de la règle utilise des modalités diverses dans la recherche de l'obtention de la finalité qu'il poursuit. La jurisprudence révèle que le résultat n'est pas atteint, quelques fois, parce que l'application de la règle à rattachements alternatifs est conditionnée par le jeu préalable d'une règle qui ne participe pas du même esprit<sup>48</sup>. D'autres fois, encore, ce sont les conditions posées par le droit substantiel qui, n'étant pas remplies, ne permettent pas l'obtention du résultat<sup>49</sup>.

Ainsi, par exemple, malgré le nombre très étendu de rattachements en concours lors de la mise en œuvre de l'article premier de la Convention de La Haye sur la loi applicable à la forme des dispositions testamentaires, il arrive que le but recherché risque de ne pas être atteint parce que le droit interne établit des conditions spéciales. La question a été débattue, en France, dans une affaire relative à la validité d'un testament conjonctif rédigé en Norvège et portant sur un immeuble sis en France. C'est par le biais de qualification que la question a été résolue, le Tribunal énonçant que : « l'interdiction de procéder à des testaments conjonctifs, édictée par l'article 968 du Code civil, est incluse dans les règles générales établies par ce Code sur la forme des testaments ; que cette prohibition qui n'a trait ni à la capacité personnelle des testateurs, ni à la validité des dispositions sur le fond prises par le testateur est relative à des conditions de forme et non à des conditions de fond »<sup>50</sup>.

Lorsqu'on sait que la qualification forme ou fond du testament conjonctif reste controversée en doctrine<sup>51</sup> on peut se rendre compte de combien l'obtention du résultat est tributaire des conditions exigées par le droit substantiel. Et ceci prouve encore que l'objectif de droit matériel poursuivi est conditionné par la nature hybride des règles à rattachements alternatifs.

180. — Tous les développements consacrés à cette première section ont permis d'établir un double constat : s'il est vrai qu'en principe l'option exclut la localisation, il est tout aussi vrai que ce principe n'est pas absolu et qu'il appelle un tempérament, en raison de la nature hybride des règles à rattachements alternatifs.

L'opposition entre la méthode fondée sur l'option et la méthode fondée sur la proximité n'est donc pas irréductible. Les deux peuvent coexister, non seulement parce que l'option de législation permet, souvent, au principe de proximité de mieux jouer son rôle correcteur, mais également parce que le principe de proximité peut faciliter l'intégration du système alternatif dans le système fondé sur la méthode classique<sup>52</sup>.

C'est cette possibilité de correction du système alternatif par le principe de proximité qu'il convient de démontrer à présent, pour donner ainsi une solution au problème, tel qu'il a été posé dans cette première section.

## Section II

### **Solution du problème : possibilité de correction du système alternatif par le principe de proximité**

181. — Le *système alternatif* a été, et est encore, l'objet de nombreuses critiques. Qualifié de « justice de cadi »<sup>53</sup>, taxé de « source d'imprévisibilité »<sup>54</sup>, considéré comme un « pis-aller »<sup>55</sup>, analysé comme une « technique exceptionnelle »<sup>56</sup>, il ne cesse pourtant d'élargir son domaine d'application, montrant par là même qu'il peut coexister avec le système fondé sur le principe de proximité.

Et si la coexistence entre les deux systèmes est de plus en plus une « coexistence pacifique », si le système alternatif dérange de moins en moins le système fondé sur le principe de proximité, cela est dû au fait que les deux systèmes s'entrelacent et se complètent. L'option de législation permet d'atténuer l'*imprévisibilité* qui résulterait d'un principe de proximité appliqué dans sa pureté<sup>57</sup>. Le principe de proximité permet d'atténuer la *justice casuistique* qui résulterait de l'application du système alternatif dans sa pureté<sup>58</sup>. Le système alternatif ne constituant pas une « exception » au système fondé sur la proximité mais seulement une « dérogation », le principe de proximité peut s'appliquer en tant que correctif permettant l'intégration du premier dans le système fondé sur le second.



rapport de droit litigieux<sup>60</sup>. L'application du principe de proximité ne risque-t-elle pas d'empêcher la réalisation de la finalité de la règle de conflit alternative ?

Si l'on devait répondre par l'affirmative à la question ainsi posée, le rôle correcteur du principe de proximité ne pourrait pas trouver son application dans le système alternatif. Or, l'analyse des règles à rattachements alternatifs révèle que le principe de proximité y joue souvent un rôle correcteur. Et si ceci n'est généralement pas perçu c'est parce que le principe de proximité est utilisé en tant que correcteur de deux manières différentes : d'une part le principe de proximité peut être utilisé comme correctif intégré à la règle alternative (a), et d'autre part ce même principe peut être utilisé en tant que correctif autonome du système alternatif (b).

*a) Le principe de proximité : correctif intégré à la règle alternative*

185. — Le principe de proximité peut être intégré dans la règle alternative pour permettre l'obtention du résultat recherché en tant que correctif à un rattachement inopérant.

Ainsi, par exemple, le § 46 de la loi hongroise dispose : « La filiation de l'enfant de nationalité hongroise ou qui habite en Hongrie et les rapports entre cet enfant et ses parents relevant du droit de la famille, ainsi que les obligations alimentaires envers cet enfant, sont régis par la loi hongroise, si celle-ci s'avère plus favorable à l'enfant ». Ici, le principe de proximité est intégré dans la règle de conflit alternative car le droit hongrois ne s'applique que si l'enfant est de nationalité hongroise ou s'il habite en Hongrie.

Cette même mesure d'intégration du principe de proximité dans la règle alternative se retrouve également dans les articles 35 et 43 de la loi yougoslave ou encore dans le § 32 de la loi hongroise. Mais, malgré l'apparente similitude de ces règles, il est possible de les distinguer en fonction du degré d'intégration du principe de proximité. Parfois l'intégration du principe de proximité est totale (1°), alors que d'autres fois cette intégration n'est que partielle (2°).

1°) Intégration totale du principe de proximité dans la règle alternative.

186. — Lorsque l'auteur de la règle de conflit alternative entend faire triompher le but de politique législative qu'il a mis en œuvre par une application de sa propre loi, il corrige le rattachement alternatif par l'introduction dans la règle de conflit d'éléments localisateurs susceptibles de justifier l'application de cette loi.

Ainsi, l'application de la loi en question peut être justifiée soit parce qu'un lien étroit est établi entre l'Etat dont la loi revendique son application et le rapport juridique litigieux en raison de la nationalité ou le domicile des parties, soit parce que ce lien étroit est établi par le lien entre la compétence judiciaire et la compétence législative.

L'exemple du premier type de ces règles peut être trouvé dans le § 46 de la loi hongroise car, cette dernière ne s'applique que si l'enfant a la nationalité hongroise, ou s'il a son domicile en Hongrie. Ainsi, la loi hongroise ne s'applique pas seulement parce qu'elle est plus favorable mais également parce qu'elle a des liens étroits avec le rapport litigieux en raison de la nationalité ou du domicile des parties<sup>61</sup>.

L'exemple du second type de ces règles peut être trouvé dans l'article 35 de la loi yougoslave. Ce texte dispose en son alinéa 3 : « Si le mariage ne peut pas être dissous par l'un des droits indiqués à l'alinéa 2 du présent article, le divorce est régi par le droit de la R.S.F.Y. si l'un des époux avait au moment de l'introduction de l'action son domicile dans la R.S.F.Y. » Ici l'application du droit yougoslave est également justifiée non seulement parce que ce droit est plus favorable mais parce qu'il y a un lien étroit entre ce droit et le rapport juridique litigieux en raison du domicile de l'une des parties.

Cela n'est pas sans rappeler la disposition de l'article 6 de la Convention de la Haye relative à la loi applicable aux obligations alimentaires, qui prescrit l'application de la loi interne de l'autorité saisie, pour permettre l'obtention du résultat recherché au cas où les autres rattachements s'avèreraient inopérants.

187. — Dans tous ces cas le principe de proximité est toujours présent. Mais son intégration complète dans la règle alternative ne permet pas toujours d'identifier sa présence. La loi indiquée par le rattachement ne s'applique pas seulement en raison de sa finalité. Ce n'est pas pour remplacer le rattachement inopérant que le droit de substitution va s'appliquer, mais en raison de la proximité de ce droit qui, au surplus, permet l'obtention du résultat recherché.

Une illustration de ce qui vient d'être dit peut être trouvée dans l'article 9 de la Convention de la Haye relative à la loi applicable en matière d'accidents de la circulation. La victime peut exercer l'action directe contre l'assureur du responsable si un tel droit est reconnu, soit par la loi interne de l'Etat sur le territoire duquel l'accident est survenu, (art. 3) soit sur la loi prévue à l'article 4, soit sur celle prévue à l'article 5.

« Si la loi de l'Etat d'immatriculation ne connaît pas ce droit, il peut néanmoins être exercé s'il est admis par la loi interne de l'Etat sur le territoire duquel l'accident est survenu ». Ici aussi le principe de proximité est intégré dans la règle alternative. La loi de substitution s'applique, à la fois, parce qu'elle permet l'obtention du résultat recherché et parce qu'elle entretient des liens étroits avec le rapport juridique litigieux.

Et le rôle du principe de proximité apparaît d'autant plus clairement que par le « *regroupement des points de contact* »<sup>62</sup> les auteurs de la ~~règle~~ *convention* ont voulu qu'il soit fait application de la loi avec laquelle le rapport de droit entretient les liens les plus étroits<sup>63</sup>.

La correction du système alternatif par le principe de proximité est donc patente dans la mesure où la loi applicable ne peut être que celle qui entretient un lien étroit avec le rapport litigieux.

Mais cette correction n'apparaît pas très clairement car le principe de proximité est totalement intégré dans la règle alternative. Le rôle correcteur du

principe de proximité est plus apparent lorsque ce dernier n'est que partiellement intégré dans la règle alternative.

## 2°) Intégration partielle du principe de proximité dans la règle alternative

188. — Un exemple de l'intégration partielle du principe de proximité dans la règle alternative peut être trouvé dans le § 32 de la loi hongroise. Ce texte dispose en son alinéa 2 que « ...il faut appliquer la loi de l'Etat sur le territoire duquel le dommage s'est produit si cette loi est plus favorable à la personne lésée », après avoir indiqué comme rattachement de principe le lieu de la survenance du fait dommageable.

La loi du lieu dommage s'applique donc en tant que loi plus favorable, mais également en vertu des liens existant entre la victime et cette loi. Et ce rôle correcteur du principe de proximité agissant pour permettre l'obtention du résultat est renforcé par le fait que la loi ainsi choisie peut être écartée car, selon l'alinéa 3 du même article : « Lorsque *les domiciles de l'auteur du dommage et de la personne lésée se trouvent sur le territoire d'un seul Etat*, la loi de celui-ci devra être appliquée. »

On le voit, l'intégration du principe de proximité dans la règle alternative n'est que partielle. Celui-ci gagne son autonomie lorsque l'auteur et la victime ont leur domicile dans le même Etat. La *localisation qualitative* (le lieu du dommage choisi pour faire triompher le *favor laesi*) cède le pas à la *localisation quantitative* (domicile commun de l'auteur et de la victime, ce dernier se confondant, d'ailleurs, avec le lieu du dommage).<sup>64</sup>

Quoi qu'il en soit il faut surtout constater que par l'application du principe de proximité on permet à la victime d'obtenir le résultat visé par l'auteur de la règle à rattachements alternatifs.

189. — L'article 43 de la loi yougoslave va dans le même sens, par l'intégration qu'il fait du principe de proximité dans la règle à rattachements alternatifs. Ce texte dispose, en effet, que : « Si d'après le droit indiqué à l'alinéa 1<sup>er</sup> du présent article, les conditions de la légitimation ne sont pas remplies et *si les parents et l'enfant ont leur domicile dans la R.S.F.Y.*, est applicable le droit de la R.S.F.Y. » Ici, aussi, le principe de proximité sert de correctif au rattachement inopérant pour permettre l'obtention du résultat recherché. La loi yougoslave s'applique non seulement parce qu'elle permet la légitimation, mais surtout parce qu'elle a des liens étroits avec le rapport juridique en raison du domicile commun des parents et de l'enfant en Yougoslavie.

190. — Le rôle du principe de proximité en tant que correctif au rattachement alternatif inopérant pour permettre l'obtention du résultat recherché ne fait donc plus aucun doute. Ce rôle n'est, certes, pas facile à percevoir lorsque l'auteur de la règle de conflit intègre totalement dans la règle alternative le principe de proximité. La finalité de la règle cachant l'aspect conflictuel, une observation rapide peut amener l'analyste à conclure que la finalité matérielle exclut la localisation. Mais, dès lors qu'on approfondit l'analyse il apparaît, clairement, que la finalité matérielle ne peut se concrétiser qu'en raison des liens

étroits que le rapport juridique entretient avec le droit applicable. La loi indiquée pour permettre l'obtention du résultat recherché est celle qui est la plus proche. La *lex conveniens* se confond avec la *loi appropriée*. La finalité matérielle se fonde dans le principe de proximité.

Le principe de proximité apparaît, plus nettement, comme un correctif au rattachement inopérant pour permettre l'obtention du résultat escompté, dès lors que son intégration dans le système alternatif n'est que partielle. Dans ce dernier cas, en effet, la finalité matérielle est plus nettement conditionnée par la localisation de l'affaire dans la sphère de compétence du droit indiqué. A défaut de rattachements suffisants la finalité matérielle ne peut pas se concrétiser. La nature hybride des règles à rattachements alternatifs s'affirme donc et se renforce. Il ne suffit plus de dire, comme nous l'avons fait plus haut : *pas de rattachement, pas de résultat*. L'introduction du principe de proximité dans la sphère du système alternatif impose une autre formulation : *pas de rattachements suffisants, pas de résultat*.

Ce conditionnement du système alternatif par l'introduction du principe de proximité en tant que correctif au rattachement inopérant se retrouve encore lorsque le principe de proximité est utilisé en tant que correctif autonome du système alternatif.

C'est ce qu'il convient de constater.

*b) Le principe de proximité : correctif autonome du système alternatif*

191. — Un système étatique ou interétatique fondé sur la méthode classique peut créer en son sein un système alternatif<sup>65</sup>. La question qui se pose est celle de savoir quelle est l'influence exercée par l'un sur l'autre respectivement.

L'analyse du droit positif révèle que le principe de proximité peut être utilisé en tant que correctif autonome du système alternatif. Ainsi, par exemple, l'article premier de la loi néerlandaise après avoir consacré l'option de législation, utilise le principe de proximité comme correctif au système alternatif qu'il a créé. De même, l'article 14 EGBGB nouveau de la R.F.A. après avoir consacré l'option de législation aux paragraphes 2 et 3 utilise le principe de proximité en tant que correctif du système alternatif créé.

Dans les deux cas le principe de proximité apparaît comme un correctif autonome en ce qu'il est extérieur au système alternatif. Il ne conditionne pas ce dernier en agissant à l'intérieur des règles, mais par un contrôle à distance, ce qui marque bien la distinction entre les règles fondées sur la finalité et celles fondées sur la proximité.

Mais les deux règles se distinguent, tout de même, en raison du degré d'autonomie du principe de proximité. Alors que dans le texte néerlandais le principe de proximité ne jouit que d'une autonomie relative (1°), dans le texte allemand le principe de proximité bénéficie d'une autonomie absolue (2°).

1°) L'autonomie relative du principe de proximité en tant qu'élément correcteur

192. — L'autonomie relative du principe de proximité en tant qu'élément correcteur se révèle par le fait que l'auteur de la règle à rattachements alternatifs utilise les mêmes rattachements pour créer le système alternatif et pour poser les règles de correction. Il en résulte que l'application du système correcteur ne peut véritablement jouer que si le système alternatif ne fonctionne pas.

Ainsi, par exemple, le texte néerlandais précité, après avoir consacré le principe de proximité en adoptant comme rattachements dans un ordre de subsidiarité la loi nationale commune, la résidence commune et la loi néerlandaise, offre une option de législation aux parties pour ces mêmes rattachements<sup>66</sup>.

Le rôle correcteur du principe de proximité peut, par conséquent, s'exercer pleinement parce que son application n'est conditionnée que par l'exercice préalable de l'option de législation. Le principe de proximité est un correctif autonome du système alternatif, mais son autonomie n'est que relative.

Et ceci s'explique aisément si l'on considère la raison d'être de la norme. L'auteur de la règle de conflit, malgré la configuration du texte, a accordé la primauté au système alternatif. Il en résulte que c'est le principe de proximité qui doit jouer un rôle subsidiaire<sup>67</sup> et modeler de ce fait son autonomie selon les règles du système alternatif.

Le rôle correcteur du principe de proximité ne se fera, véritablement, sentir qu'à défaut d'exercice de l'option par les parties. Les éléments localisateurs peuvent alors intervenir car ils auront été laissés intacts par les parties qui en étaient maîtresses. C'est la raison pour laquelle, après avoir montré comment le principe de proximité peut être un élément correcteur à l'autonomie relative, il convient de reléguer au second paragraphe l'étude de son rôle correcteur au défaut d'option des parties intéressées.

Pour l'heure il nous suffit de constater que si le principe de proximité peut jouir d'une autonomie relative dans l'exercice de son rôle correcteur il peut également jouir d'une autonomie absolue, ainsi qu'il sera démontré maintenant.

2°) Autonomie absolue du principe de proximité en tant qu'élément correcteur

193. — L'autonomie absolue du principe de proximité en tant qu'élément correcteur du système alternatif se révèle par le fait que l'auteur de la règle de conflit conçoit ce principe en tant que *pivot du système* dans lequel le système alternatif se trouve intégré. Tout le système tournant autour de ce principe, le système alternatif en devient un satellite subissant par là même les effets de sa force d'attraction.

Ainsi, par exemple, l'article 14 EGBGB nouveau tout en adoptant l'autonomie de la volonté, proche du système alternatif par l'option de législation laissée aux parties, limite le jeu de l'option en utilisant le principe de proximité comme élément correcteur<sup>68</sup>. Si les parties peuvent choisir la loi nationale de l'un ou l'autre des époux pour régir les effets de leur mariage, cette option cède devant le principe de proximité dans trois hypothèses.

D'une part, si les deux époux ont une nationalité commune ou si l'un d'eux a conservé l'ancienne nationalité commune.

D'autre part, si l'un des époux a la nationalité de l'Etat de leur résidence commune ou s'ils ont leur résidence dans un même pays.

Enfin, les effets de l'option prennent fin si les époux acquièrent une nationalité commune.

194. — Le *ratio* du texte apparaît clairement. Le système d'autonomie est adopté pour pallier la difficulté de localisation des effets du mariage. Mais, dès lors que ces difficultés s'estompent, soit parce que les parties ont une nationalité commune, soit parce qu'elles ont une résidence habituelle commune, le système alternatif doit céder le pas au principe de proximité<sup>69</sup>.

L'on ne saurait plus faire grief au système alternatif d'instituer une « justice casuistique » ou d'être une source d'imprévisibilité. Le principe de proximité est ici un élément correcteur autonome du système alternatif.

Mais on ne peut s'empêcher de constater qu'en limitant l'étendue de l'option et en annulant les effets de l'option exercée pour faire prévaloir le principe de proximité le texte allemand institue un *système alternatif imparfait*<sup>70</sup>. La finalité matérielle n'est pas dans l'essence de la règle de conflit car le résultat recherché par l'option offerte aux parties n'est pas un effet de droit matériel déterminé, mais seulement l'établissement de la meilleure localisation possible du rapport de droit.

195. — Quoi qu'il en soit, il ne semble plus faire aucun doute que le principe de proximité peut être utilisé pour corriger le système alternatif. L'application de ce principe peut permettre l'obtention du résultat recherché lorsqu'il est utilisé en tant que correctif au rattachement inopérant. Les modalités d'intervention de ce principe ne sont toutefois pas uniformes. Parfois le principe de proximité est intégré dans la règle alternative et la finalité matérielle occulte le rôle joué par lui en tant que correctif. D'autres fois il apparaît comme un correcteur autonome du système alternatif. Dans cette dernière hypothèse, que l'autonomie soit relative ou absolue la distinction entre les règles fondées sur la finalité et celles fondées sur la proximité étant plus franchement établie le rôle correcteur du principe de proximité s'affirme et s'amplifie. Et plus le principe de proximité joue un rôle correcteur autonome, plus le système alternatif s'effiloche. D'où la nécessité d'établir l'équilibre entre les deux. Une forte correction du système alternatif par le principe de proximité risque de faire disparaître le premier. Un éventail trop étendu de rattachements à option risque de ne plus laisser de place au principe de proximité.

Telles semblent être les conclusions provisoires de l'application du principe de proximité en tant que correctif au rattachement inopérant. Mais il convient de compléter l'analyse par l'étude du cas où l'application du principe de proximité permet d'éviter l'application de l'exception d'ordre public.

*B — L'application du principe de proximité permet d'éviter l'application de l'exception d'ordre public*

196. — Le rapprochement entre le système alternatif et le mécanisme de l'ordre public en droit international privé est généralement fait par les auteurs qui cherchent ainsi à expliquer l'introduction du premier dans un système fondé sur la méthode classique<sup>71</sup>. Nous avons déjà eu l'occasion de faire la critique d'une telle approche en montrant que les liens qui unissent le système alternatif au mécanisme de l'ordre public ne sont pas indissolubles<sup>72</sup>.

Il reste pourtant vrai que le système alternatif, corrigé par le principe de proximité, permet parfois d'éviter l'application de l'exception d'ordre public. Et ceci s'explique par le fait que le fondement du système alternatif réside dans la recherche d'une solution satisfaisante du conflit de lois suivant les conceptions du for.

Ainsi, par exemple, la correction du système alternatif par le principe de proximité peut exprimer la volonté de l'auteur de la règle d'exercer une protection renforcée. Tel est le cas des articles 5 et 6 de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles<sup>73</sup>, qui contiennent des dispositions permettant de les rapprocher des règles à rattachements alternatifs, par la volonté de protection qu'elles expriment et par la limitation de l'autonomie qu'elles postulent. Ici, la *spécialisation du rattachement* permet de moduler le *degré de protection* accordé aux sujets de droit de manière à éviter que l'application soit faite d'une loi qui ayant des liens peu étroits avec le rapport de droit litigieux priverait le sujet protégé de la protection que lui accorde la loi avec laquelle le rapport de droit a les liens les plus étroits<sup>74</sup>.

Le choix de la loi applicable s'effectue par référence à la finalité matérielle et l'existence de liens étroits entre la situation à régir et la loi appliquée évite tout recours à l'exception d'ordre public<sup>75</sup>. Ainsi, la correction du système alternatif par le principe de proximité permet l'obtention d'un minimum de protection garanti (a) parce que la finalité matérielle peut être satisfaite par la loi du lieu où se concentre le plus grand nombre de rattachements (b).

*a) Le principe de proximité permet l'obtention du minimum de protection garanti*

197. — L'auteur de la règle de conflit peut garantir la politique pertinente du for par l'édition d'une ou plusieurs normes qui expriment le *minimum de protection* qu'il entend accorder à un sujet de droit ou à une conduite<sup>76</sup>. L'ordre public de protection ou de direction impliqué par la règle de conflit édictée dans ce but est nettement manifeste lorsque la norme a un caractère bilatéral imparfait. La compétence du droit étranger est limitée par ce minimum de protection garanti par la règle de conflit.

Ainsi, par exemple, à l'instar de l'article 5 de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, l'article 29 E.G.B.G.B. nouveau édicté pour la protection du consommateur dispose que « ... le choix par les parties de la loi applicable *ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions* impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle... ».

Les conditions posées pour l'application de ce texte montrent que le principe de proximité est appelé ici à corriger le système fondé sur l'option en concentrant les rattachements en un lieu déterminé de l'espace<sup>77</sup>. Toute option est exclue au profit de la loi de la résidence habituelle du consommateur dès lors que le rapport y est localisé par un faisceau de rattachements convergents.

198. — L'éviction de la loi étrangère n'est pas sans rappeler les « *réactions de l'ordre public* ». On sait que la doctrine moderne soutient que l'intervention de l'ordre public dépend moins de la teneur même de la loi étrangère normalement compétente que des *résultats* de son application au cas concret<sup>78</sup>. L'essentiel n'est pas seulement le contenu de la loi étrangère, mais la solution concrète à laquelle conduit son application<sup>79</sup>.

Ce rapprochement du mécanisme qui conduit à l'éviction de la loi étrangère par l'application du mécanisme de l'ordre public, avec celui qui résulte de l'application d'un système fondé sur l'option corrigée par le principe de proximité se renforce si l'on retient qu'il a été soutenu que l'ordre public ne peut s'appliquer que lorsque la situation à régir a un lien suffisant avec le for<sup>80</sup>. Cette appréciation *in concreto* de l'ordre public n'est faite, généralement, que pour remédier à une règle de conflit de lois.

Le principe de proximité utilisé comme correcteur du système alternatif peut lui aussi remédier aux solutions inopportunes qui risqueraient de résulter de l'application de la règle de conflit. Plutôt que de désigner la loi étrangère comme étant compétente pour régir une situation juridique et écarter l'application de cette loi, après coup, en raison du résultat auquel on aboutit, ne vaut-il pas mieux de ne pas la désigner en corrigeant la règle de conflit<sup>81</sup> ? La correction apportée par le principe de proximité met à l'abri des critiques la solution donnée au conflit de lois. La non-application de la loi étrangère est non pas le résultat pur et simple d'un jugement de valeur porté sur elle, mais le résultat de la localisation prépondérante de la situation litigieuse dans la sphère de compétence de la loi concurrente. On ne *substitue* pas une loi à une autre comme en cas d'application de l'exception d'ordre public<sup>82</sup>. On ne *préfère pas une loi à une autre comme en cas d'application du système alternatif*<sup>83</sup>. On n'applique pas la loi étrangère surtout parce qu'elle n'a pas des liens assez étroits avec la situation à régir. La proximité rejoint la finalité, permettant ainsi que le résultat recherché puisse être obtenu sans avoir recours au mécanisme de l'ordre public.

C'est la rencontre de la finalité matérielle et du principe de proximité qui doit être maintenant expliquée.



*b) La rencontre de la finalité matérielle et du principe de proximité*

199. — La rencontre de la finalité matérielle et du principe de proximité est possible surtout parce que la protection accordée par le système alternatif n'est qu'une protection conditionnelle. Elle ne s'exerce que si le *faisceau de rattachements* prévu par la règle de conflits converge vers cet endroit de l'espace. Dès lors, plutôt que de faire application de l'exception d'ordre public l'auteur de la règle tend à rendre impératif le rattachement à cet endroit et sa démarche est justifiée par la concentration des éléments de localisation au lieu où s'exerce la protection. A défaut de rattachement suffisant, la protection ne peut s'exercer.

200. — Une illustration de notre propos peut être trouvée dans une décision rendue en matière de contrat de travail par le *Bundesarbeitsgericht* le 4 mai 1977<sup>84</sup>. En l'espèce, des salariés yougoslaves avaient été embauchés en Yougoslavie par des entreprises yougoslaves pour accomplir, à titre temporaire leur contrat sur des chantiers en Allemagne. Les parties avaient choisi comme loi applicable au contrat la loi yougoslave. La loi du lieu d'exécution étant plus favorable que la loi yougoslave sur le plan de la protection sociale, les salariés ont revendiqué l'application de cette loi. Le *Bundesarbeitsgericht* rejette la demande au motif que les parties avaient choisi la loi yougoslave pour régir leurs rapports et que de ce fait il n'y avait aucune violation de l'ordre public international.

En fait, le contrat avait des liens prépondérants avec la Yougoslavie (loi nationale commune de l'employeur et des salariés, lieu de la conclusion du contrat, résidence habituelle des salariés). Leur séjour en R.F.A. n'était que temporaire : pour la durée du chantier. Ici, le principe de proximité corrige le système fondé sur l'option. L'application de la loi avec laquelle la situation litigieuse a les liens les plus étroits<sup>85</sup> permet d'éviter l'application de l'exception d'ordre public. En effet, les conventions collectives litigieuses ne contenant pas des « *règles minima* »<sup>86</sup> mais seulement des prestations supplémentaires s'ajoutant à celles prévues au contrat, la finalité matérielle recherchée serait bien satisfaite par l'application du principe de proximité. La localisation vient renforcer la protection.

Une autre illustration peut être trouvée dans un jugement rendu le 19 février 1981, par le Tribunal de grande instance de Créteil<sup>87</sup>. En l'espèce, un enfant né en France avait été reconnu par ses deux parents non mariés, de nationalité belge. Le père de l'enfant étant lié par un mariage non dissous au moment de la reconnaissance, le Procureur de la République a intenté une action pour faire déclarer nulle la reconnaissance souscrite par le père. Pour prononcer la nullité le Tribunal énonce notamment que : « ... il n'en demeure pas moins qu'en dépit de la réforme du droit de la filiation instituée par la loi nouvelle, l'ordre public français est intéressé à ce que les ressortissants étrangers résidant sur le territoire national aient, en ce qui touche leur état ou leur capacité, un statut conforme aux dispositions d'ordre public de leur loi personnelle ; que, notamment, l'ordre public français ne peut qu'être concerné par le respect des règles sur l'établissement des actes d'état civil ».

Contrairement à l'opinion des juges du fond et de certains commentateurs de cette décision, l'ordre public français n'était nullement concerné en l'espèce. L'exception d'ordre public est un mécanisme d'éviction de la loi normalement compétente. Son application en l'espèce aurait conduit à l'éviction de la loi belge compétente et à faire application de la loi française. La reconnaissance serait alors non pas nulle mais valable puisque le droit français admet la reconnaissance des enfants adultérins<sup>88</sup>.

La nullité de la reconnaissance est fondée sur l'application de l'article 311-17 du Code civil que le jugement semble considérer comme *surabondante* dans un attendu ainsi libellé : « *Attendu, au surplus, que l'interprétation a contrario de l'article 311-17 du Code civil conduit à déclarer nulle cette reconnaissance faite au mépris de la loi personnelle de son auteur et de celle de l'enfant* ».

Le tribunal répute, à tort, l'application de ce texte comme *surabondante* dans la mesure où, pour savoir si la reconnaissance était ou non valable il fallait partir de la règle de conflit qu'il pose : « La reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité est valable si elle a été faite en conformité, soit de la loi personnelle de son auteur, soit de la loi personnelle de l'enfant ». Cette règle de conflit commandait donc la solution du litige.

Et le Tribunal semble avoir également fait une énonciation fautive du principe de solution en prétendant qu'il a fait une « interprétation *a contrario* de l'article 311-17 ». Certes, l'alternative est l'envers du cumul<sup>89</sup>. Mais, en l'espèce, ce n'est pas l'interprétation *a contrario* du texte qui était nécessaire pour donner solution au litige, mais son application directe. La reconnaissance avait-elle été faite en conformité de la loi personnelle de l'auteur ou celle de l'enfant ? Pour répondre à la question il fallait déterminer la loi personnelle de l'un et de l'autre et vérifier si les conditions qu'elles exigent ont été respectées. C'est ce qu'a fait le Tribunal.

Ainsi, après avoir constaté que le père et la mère sont « de nationalité belge tous les deux », le jugement poursuit : « La filiation de cet enfant est donc régie par la loi belge en vertu des articles 3 et 311-17 du Code civil ». Par cette formule, plutôt confuse, le Tribunal voulait signifier que l'enfant était lui aussi de nationalité belge. Ainsi, la loi personnelle de l'enfant, était comme celle de ses parents la loi belge. Il en résulte que le rapport juridique litigieux avait des liens étroits avec la Belgique. Le système alternatif prévu à l'article 311-17 conduisant à l'application de la loi belge, le principe de proximité rencontre la finalité matérielle car, l'alternative est l'envers du cumul. Ce qui est alternative pour les parents de l'enfant, est un cumul pour le ministère public. L'application de la loi belge permet d'éviter l'intervention de l'exception d'ordre public<sup>90</sup>. La concentration des rattachements en Belgique atténue la critique qu'aurait pu entraîner la solution donnée au litige, très sévère pour l'enfant.

Et cela se comprend car le principe de proximité n'est pas un principe de protection mais de localisation. Lorsqu'il rencontre la finalité en un lieu déterminé de l'espace il permet de réaliser cette finalité soit dans un sens positif (le libéralisme découlant de l'alternative), soit dans un sens négatif (la sévérité découlant du cumul).

Un dernier exemple peut être trouvé dans une décision du *Bundesgerichtshof* rendue le 19 mars 1975<sup>91</sup>. Cette décision rendue sous l'empire du droit antérieur à la réforme de 1986 en R.F.A. fait application du correctif découlant de la loi allemande du 19 août 1969 sur la filiation naturelle. En l'espèce un enfant naturel de père autrichien et de mère allemande, reconnu par son père, avait intenté une action alimentaire contre son père en Allemagne. Le père s'y opposait au motif que la reconnaissance serait nulle et que la prétention de l'enfant serait contraire à l'ordre public. Le *Bundesgerichtshof* constatant que l'enfant avait sa résidence en Allemagne, a fait droit à la demande de l'enfant en appliquant la loi allemande, compétente pour régir l'obligation alimentaire lorsque l'enfant a sa résidence habituelle en République fédérale d'Allemagne ou que sa mère est de nationalité allemande. La loi autrichienne a ainsi été écartée sans recours aucun à l'exception d'ordre public. La correction effectuée par le principe de proximité apparaît clairement, surtout si l'on combine ces règles avec celles découlant de la Convention de la Haye de 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires. Ce qui n'était qu'une exception aura alors tendance à devenir le principe.

201. — Tout au long de ce premier paragraphe nous avons essayé de montrer comment le principe de proximité pouvait être utilisé comme correctif au rattachement inopérant. Et nous avons pu constater que parfois l'application du principe de proximité permet l'obtention du résultat recherché<sup>92</sup>. Lorsque le principe de proximité est intégré dans la règle alternative la correction opérée par ce principe n'apparaît pas clairement car le résultat recherché est obtenu par l'application du rattachement où se concentrent, à la fois, la finalité matérielle et le principe de proximité.

L'effet correcteur apparaît plus nettement lorsque le principe de proximité est autonome par rapport au système alternatif. Cette autonomie, qu'elle soit relative ou absolue, permet à la fonction de correction de mieux s'exercer car la distinction entre le rattachement fondé sur la finalité et le rattachement fondé sur la proximité est plus franche. Et plus l'autonomie du principe de proximité est grande, plus sa fonction correctrice s'affirme. Et ceci ne va cependant pas sans poser des problèmes car plus le principe de proximité affirme sa volonté de correction et moins le système alternatif aura de chances de réaliser la finalité matérielle qui est la sienne. La coexistence de la finalité matérielle et du principe de proximité doit être fondée sur un équilibre bien mesuré.

L'application du principe de proximité permet également d'éviter l'application de l'exception d'ordre public. La recherche du résultat auquel conduit ce dernier<sup>93</sup> conduit souvent l'auteur de la règle de conflit à introduire le principe de proximité pour justifier l'application d'une loi déterminée en excluant la loi concurrente. Tout risque de critique s'estompe dès lors que la finalité matérielle est atteinte par la concentration d'un faisceau de rattachements en un lieu déterminé. Le minimum de protection garanti est obtenu *a priori* et non pas *a posteriori*. Une loi s'applique non pas parce qu'elle est meilleure que l'autre, mais parce qu'elle a des rattachements prépondérants avec l'affaire. Elle s'applique non pas parce qu'elle est la *better law*, mais parce qu'elle est la *lex conveniens*, la loi appropriée.

Le rôle correcteur du principe de proximité s'exerce donc par la rencontre qui s'effectue en un lieu déterminé avec la finalité matérielle. Le risque est, dès lors, grand de voir confondre le système alternatif et l'exception d'ordre public. Il faut à tout prix éviter de tomber dans ce travers. Nous avons essayé de le montrer en relevant que souvent la concentration des rattachements conduit à l'application de la loi étrangère au détriment de la loi du for. C'est tout le contraire de ce que postule le mécanisme de l'ordre public en droit international privé.

Après avoir ainsi démontré le rôle correcteur joué par le principe de proximité en cas de rattachement inopérant il convient de rechercher comment le principe de proximité est utilisé comme un correctif au défaut d'option des parties intéressées.

## § 2. — Le principe de proximité : correctif au défaut d'option des parties intéressées

202. — Lorsque l'auteur de la règle de conflit offre une option de législation aux parties intéressées, la question se pose de savoir quelle solution donner au rapport de droit litigieux si les parties n'ont pas exercé leur droit d'option<sup>94</sup>. Et la question se pose avec d'autant plus d'acuité que le système alternatif impose la recherche d'un résultat déterminé. Plutôt que de décider que l'option des parties est obligatoire<sup>95</sup> ne vaut-il pas mieux aménager une correction de la règle de conflit<sup>96</sup> ? La réponse semble devoir être affirmative et le principe de proximité semble pouvoir être utilisé comme correcteur du système alternatif lorsque les parties intéressées n'ont pas exercé l'option qui leur était offerte<sup>97</sup>. Ainsi, par exemple, l'article 6 de la Convention de la Haye sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits dispose : « Quand aucune des lois désignées aux articles 4 et 5 ne s'applique, la loi est la loi interne de l'Etat du principal établissement de la personne dont la responsabilité est invoquée, à moins que le demandeur ne se fonde sur la loi interne de l'Etat sur le territoire duquel le fait dommageable s'est produit ».

C'est dire que la victime a le droit d'exercer son option en faveur de la loi du lieu de la survenance du fait dommageable et ce n'est qu'à défaut d'option que la loi du principal établissement du responsable intervient. Ici, le principe de proximité est utilisé pour corriger le défaut d'exercice de l'option.

De même, l'article premier de la loi néerlandaise sur le divorce offre aux parties une option de législation. Mais le système alternatif ainsi créé est corrigé par le principe de proximité car l'exercice de l'option n'est pour les parties qu'une faculté<sup>98</sup>. Si les parties ne font pas élection du droit applicable le principe de proximité prend les relais et occupe la place laissée libre par le système alternatif. Ce même procédé est utilisé dans l'article 15 EGBGB nouveau qui renvoie aux rattachements contenus dans l'article 14 EGBGB régissant les effets généraux du mariage en cas de défaut d'exercice de l'option par les parties entre les rattachements proposés<sup>99</sup>. On peut encore citer l'article 25 EGBGB qui, combiné à l'article 26 EGBGB consacre lui aussi la correction du système alternatif par le principe de proximité à défaut d'option en matière de succession portant sur des immeubles.

203. — Le principe de proximité n'est toutefois pas toujours utilisé du même mode pour corriger le défaut d'option des parties. Ainsi, les articles 29 et 30 EGBGB, reprenant les solutions contenue dans les articles 5 et 6 de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, imposent le principe de proximité comme correctif au défaut d'option des parties, alors que dans les cas que nous avons observés auparavant la correction était implicite. Ceci résulte des termes mêmes utilisés par l'auteur de la règle de conflit : « à défaut de choix... »<sup>100</sup>.

204. — Après avoir constaté l'existence du principe de proximité utilisé comme correctif du système alternatif à défaut d'option par les parties intéressées, il convient de rechercher une explication à cette pratique. Celle qui nous paraît s'imposer, de prime abord, est que le principe de proximité peut permettre la concrétisation de l'attente légitime des parties (A). Mais cette attente n'est pas indépendante du rôle joué par le juge saisi de la cause (B).

Ce sont ces deux aspects du problème qu'il convient d'étudier à présent.

*A — Le principe de proximité permet la concrétisation de l'attente légitime des parties*

205. — Lorsque la doctrine se réfère à l'autonomie de la volonté, l'attente légitime des parties apparaît comme le *leitmotiv* de toute l'argumentation juridique<sup>101</sup>. Le système alternatif faisant appel, lui aussi dans une certaine mesure, à l'autonomie de la volonté par l'option offerte aux parties<sup>102</sup>, il n'est pas possible de ne pas se référer, lors de son analyse, à l'attente légitime des parties, en raison surtout de la recherche d'un résultat qui découle de la logique même du système<sup>103</sup>.

Le résultat recherché par l'auteur de la règle de conflit risque de ne pas être atteint et l'attente des parties risque d'être déjouée si, à défaut d'option, aucun autre rattachement ne peut venir combler la lacune ainsi créée. La critique, fondée sur le défaut de sécurité et de prévisibilité souvent faite au système alternatif, a son origine dans l'idée fausement répandue selon laquelle le système alternatif ne peut concevoir aucun mécanisme susceptible de fonctionner à titre subsidiaire<sup>104</sup>.

Il a été démontré plus haut que le système alternatif peut faire appel au principe de proximité pour corriger la règle de conflit, notamment, en cas de défaut d'option. Et cette observation de la réalité juridique contemporaine nous a permis de constater que la correction du système alternatif par le principe de proximité ne s'effectue pas toujours du même mode. Alors que parfois la correction est implicite ou spontanée (a), d'autres fois la correction est explicite ou imposée (b).

a) *Le principe de proximité : correctif implicite ou spontané du système alternatif*

206. — Le système alternatif ne se conçoit pas sans la finalité qu'il véhicule. L'attente légitime des parties est le corollaire de la volonté exprimée par l'auteur de la règle de conflit de voir atteint un certain résultat. Il en résulte que si l'auteur de la règle laisse aux parties le soin de sélectionner le rattachement qui leur permettra d'atteindre ce résultat, en raison de la plénitude de l'ordre juridique<sup>105</sup>, l'auteur de la règle doit aménager un mécanisme de remplacement. Et celui-ci ne peut plus fonctionner à l'intérieur même du système alternatif puisqu'il a pour but de suppléer la carence des parties. C'est ainsi que le principe de proximité apparaît comme un correctif implicite ou spontané du système alternatif.

Un exemple typique de ce que vient d'être dit peut être trouvé dans l'article premier de la loi néerlandaise sur le divorce. Dans ce texte l'auteur de la règle de conflit pour bien marquer sa volonté de suppléer au défaut d'option par les parties adopte les mêmes rattachements dans les règles à option et dans celle qui est appelée à la corriger. Ce faisant il sauvegarde l'attente légitime des parties car, le juge saisi de la cause ne fait application d'aucun rattachement que les parties n'auraient pas pu choisir elles-mêmes.

C'est dire que pour permettre la concrétisation de l'attente légitime des parties le principe de proximité doit aménager autant de rattachements qu'il y a dans la règle à option. Ainsi, par exemple, l'article 6 de la Convention de la Haye sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits, édicté *in favorem laesi*, corrige le système de l'option par un retour au principe de proximité à défaut de l'exercice de l'option par la victime. La loi interne de l'Etat du principal établissement du responsable ne s'applique que si la victime ne s'est pas fondée sur la loi du lieu où le fait dommageable s'est produit. Le nombre des rattachements appelés à corriger le système alternatif correspond au nombre de rattachements sur lequel l'option de législation pouvait se fonder. Et ceci se comprend car, le système alternatif est introduit dans la Convention pour corriger la « rigidité » supposée du mécanisme de localisation fondé sur le *regroupement des points de contacts*<sup>106</sup>. La loi applicable *in favorem laesi* ne peut résulter, dès lors, que d'un *rattachement résiduel* non compris dans les rattachements retenus. Et si la partie intéressée n'exerce pas l'option qui lui a été offerte, il faut revenir à la localisation du rapport litigieux. Le principe de proximité est ici un correcteur implicite du défaut d'option pour permettre la concrétisation de l'attente légitime des parties. Le responsable ne pouvait pas méconnaître la loi de l'Etat dans lequel se trouve son principal établissement. La victime ne peut pas se plaindre de voir appliquée cette dernière loi, dès lors que l'exclusion de la loi concurrente est une conséquence du défaut d'option qui lui est imputable.

207. — On peut donc dire qu'à défaut d'option la partie défaillante renonce, implicitement mais nécessairement, à la compétence qui lui était offerte et par là même restitue toute légitimité à l'application du principe de proximité. Dans l'application du système alternatif corrigé par le principe de proximité, dès lors

que l'option est offerte aux parties on peut faire application du principe selon lequel *ne pas choisir, c'est choisir*. C'est, d'ailleurs, la raison pour laquelle il ne semble pas satisfaisant de créer un système alternatif consacrant une option obligatoire pour les parties<sup>107</sup>.

L'utilisation du principe de proximité comme correcteur implicite du système alternatif est, par conséquent, non seulement souhaitable mais également possible. Il est souhaitable car l'on ne peut pas présumer que la partie intéressée exercera l'option qui lui a été offerte. N'est-ce pas, dès lors, mieux de lui faire savoir quelle loi sera appliquée pour suppléer sa carence, plutôt que de la laisser dans l'incertitude qui résulte de la faculté accordée au juge de rechercher le rattachement de substitution ? Le principe de proximité appliqué en tant que correcteur du système alternatif apparaît alors non pas comme une source d'imprévisibilité<sup>108</sup> mais plutôt comme facteur assurant la certitude du droit à appliquer.

Et la correction du système alternatif par le principe de proximité est possible parce que l'option offerte aux parties n'est pour elles qu'une faculté. L'auteur de la règle signifie ainsi à ses destinataires que le principe de proximité a vocation à suppléer le défaut d'option car dans l'ensemble du système l'application de la loi fondée sur la proximité est la règle et l'application de celle fondée sur la finalité, l'exception.

L'attente légitime des parties est ainsi sauvegardée par l'introduction du mécanisme correcteur existant dans le système alternatif de manière implicite. Cette attente trouve beaucoup plus de possibilités d'être sauvegardée lorsque l'auteur de la règle de conflit utilise, de manière explicite, le principe de proximité en tant que correcteur du système alternatif pour suppléer la carence des parties dans l'exercice de l'option.

*b) Le principe de proximité : correctif explicite ou imposé du système alternatif*

208. — Le principe de proximité utilisé en tant que correcteur à défaut d'option des parties intéressées permet la concrétisation de l'attente légitime des parties chaque fois que ce correctif est imposé aux destinataires de la règle de conflit par une référence expresse de l'auteur de la norme.

Des exemples peuvent être trouvés dans des règles à finalité matérielle qui consacrent un système proche du système alternatif. Ainsi l'article 29 §2 EGBGB dispose : « *A défaut de choix*, les contrats conclus par les consommateurs dans les circonstances décrites à l'alinéa 1<sup>er</sup> du présent article sont régis par la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle ». C'est dire que la loi de la résidence habituelle du consommateur s'applique à défaut de choix, chaque fois que « la conclusion du contrat a été précédée dans ce pays d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité et si le consommateur a accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat ».

L'auteur de la règle de conflit adopte le même rattachement pour donner solution au conflit de lois en cas de choix exprès et à défaut de choix. Et dans les deux cas la loi de l'Etat dans lequel le consommateur a sa résidence habi-

tuelle s'applique parce que le rapport de droit est localisé à cet endroit-là par la convergence d'un faisceau d'indices, qui indiquent combien les liens existant entre le contrat et le pays sont étroits.

C'est donc le principe de proximité qui est ici appliqué pour suppléer la carence des parties. L'option de législation offerte aux parties ayant un caractère facultatif de rattachement supplétif s'applique en cas de défaillance des parties pour répondre à l'attente de celles-ci. Le minimum de protection garanti par la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle ne peut pas être ignoré par les destinataires de la règle de conflit. L'ordre public impliqué par le texte n'est pas un ordre public de protection, pouvant éventuellement être écarté par la volonté contraire de la personne protégée. Il s'agit d'un ordre public de direction rendant impérative l'application du texte quelle que soit la volonté des parties intéressées. L'attente légitime des parties se confond avec la volonté de l'auteur de la norme. La finalité matérielle se concrétise à l'endroit où se concentre le rattachement prépondérant.

Et cette fonction correctrice du principe de proximité ne peut pas être niée ici car, la recherche des points de contact intervient avant l'identification de la règle matérielle applicable, alors que si la finalité matérielle avait été prise en considération la recherche des points de contact interviendrait après l'identification de la teneur des règles en concours<sup>109</sup>.

Cette fonction correctrice apparaît plus nettement encore en matière de contrat de travail. Ainsi, par exemple, l'article 30 E.G.B.G.B. nouveau après avoir posé comme principe que : « ... Le choix par les parties de la loi applicable *ne peut avoir pour résultat* de priver le travailleur de la protection que lui assurent les *dispositions impératives* de la loi qui serait applicable, à défaut de choix... », poursuit en ces termes :

« (2) *à défaut de choix*, le contrat de travail est régi par la loi du pays :

1° — dans lequel le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail, même s'il est détaché à titre temporaire dans un autre pays, ou

2° — dans lequel se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur, si le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, *à moins qu'il ne résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat de travail présente des liens plus étroits avec un autre pays*, auquel cas la loi de cet autre pays est applicable ».

L'utilisation du principe de proximité comme correcteur de la finalité matérielle est nette. Le rattachement supplétif à défaut de choix est celui-là même qu'on impose aux parties en cas de choix. Et ces rattachements ne sont autres que ceux que la doctrine dominante retient, en général, pour résoudre le conflit de lois par le biais de la localisation<sup>110</sup>. L'attente légitime des parties ne peut pas être déjouée car la finalité matérielle se concrétise, ici aussi, à l'endroit où se concentre le rattachement prépondérant.

209. — Il faut, néanmoins, relever que cette correction du système alternatif par le principe de proximité ne devient possible que parce que les auteurs des règles de conflit contemporaines misent sur l'existence d'une vaste communauté de droits résultant de la formation de grands espaces de culture, d'éco-



nomie et de finance dont la Communauté économique européenne est un exemple<sup>111</sup>.

Mais il reste que le principe de proximité pour être efficacement utilisé comme correcteur du système alternatif doit résulter d'une formulation explicite et non pas seulement implicite. L'attente légitime des parties doit être protégée par un *ordre* donné au juge et non pas par une *faculté* accordée à ce dernier. Mais aborder cette question c'est déjà rechercher les rapports existant entre l'attente légitime des parties et le rôle du juge.

### *B — L'attente légitime des parties et le rôle du juge*

210. — Quelle latitude doit-on laisser au juge chargé de l'application du principe de proximité lorsque ce dernier est utilisé en tant que correcteur du système alternatif à défaut d'option des parties intéressées ? La question posée en ces termes renferme une complexité certaine dans la mesure où elle est liée à la délimitation de l'office du juge, d'une part<sup>112</sup> et parce que d'autre part le rôle du juge est limité par la finalité matérielle impliquée par le système alternatif<sup>113</sup>. Et, de fait, le « rôle créateur » de la jurisprudence en tant que source du droit<sup>114</sup> est conditionné par la détermination de l'auteur de la règle et par la délimitation du pouvoir plus ou moins étendu laissé au juge<sup>115</sup>. L'office du juge ne s'exercera pas du même mode lorsque l'auteur de la règle de conflit lui accorde la *faculté* de corriger le système alternatif par le principe de proximité et lorsque cette correction est pour lui une *obligation*.

La question se pose, dès lors, de savoir si l'on peut valablement parler d'attente légitime des parties. N'est-ce pas plutôt la concrétisation de la volonté de l'auteur de la règle que le juge poursuit ? L'attente des parties n'est légitime que dans la mesure où les conditions posées par l'auteur de la règle de conflit auront été respectées. Il n'y a pas, dans le système alternatif, une quelconque obligation d'atteindre le résultat à n'importe quel prix<sup>116</sup>. Dans ces conditions le rôle correcteur du principe de proximité ne heurte pas le fondement du système alternatif car la finalité poursuivie par cette dernière n'est que conditionnelle. Par le biais du rattachement prépondérant l'on peut également atteindre le résultat recherché. Il suffit pour cela que la philosophie qui imprègne le droit substantiel se reflète non pas dans un nombre restreint de règles de conflits mais dans le système de conflits de lois tout entier. La résolution de l'Institut de droit international vient de faire une recommandation qui, si elle était suivie d'effet marquerait le tournant que nous proposons<sup>117</sup>.

L'Institut demande aux Etats d'offrir une option, aux parties intéressées, entre la nationalité et le domicile en matière de régimes matrimoniaux, en matière de successions, en matière d'effets personnels du mariage, de divorce et de séparation de corps. La même recommandation est faite pour régler le conflit de lois personnelles.

C'est dire qu'un système fondé sur l'option de législation serait corrigé par le principe de proximité dans la mesure où l'option offerte aux parties ne serait pour elles qu'une faculté. L'attente légitime des parties est sauvegardée

par l'obligation faite au juge de suppléer la carence des parties. Et cette avancée du droit n'est rendue possible que par le sentiment, encore diffus, mais réel que tous les systèmes étatiques se valent. La libre circulation des idées est le complément de la libre circulation des hommes qui les véhiculent<sup>118</sup>.

Le rôle du juge devient, dès lors, capital non pas tant dans la création de la norme juridique mais dans son aménagement. Et la critique fondée sur le développement d'une « *justice de cadi* », s'estompe car l'équilibre peut être sauvegardé entre toutes les parties intéressées. Il a été, en effet, soutenu que « ... il paraît un peu grossier d'affirmer que la balance qui penche le plus dans un certain sens est nécessairement la plus forte<sup>119</sup> ». La critique doit être ramenée à des plus justes proportions. Tout d'abord, elle n'est pas recevable dès lors que l'option appartient à toutes les parties intéressées. Ensuite, elle n'est pas recevable lorsqu'il s'agit d'un acte unilatéral. Enfin, elle n'est pas recevable lorsque comme dans le cas de la loi néerlandaise sur le divorce l'option exercée par l'une des parties n'est prise en considération que si elle n'est pas contestée par l'autre partie<sup>120</sup>.

Dans la mesure où l'option exercée par l'une des parties et non contestée par l'autre équivaut à une option exercée par les deux parties, l'attente légitime de celles-ci est sauvegardée par l'application de la loi choisie. Et dans la mesure où l'option est exercée par les deux parties la loi que le juge est appelé à appliquer est supposée être celle qui leur est la plus proche. Cette « implication des intérêts généraux dans les intérêts particuliers<sup>121</sup> », qui est à la base de certaines critiques du principe de proximité<sup>122</sup> n'est que le résultat de l'organisation des systèmes. Ces derniers sont en effet des instruments qui permettent de remédier aux « incertitudes de la téléologie<sup>123</sup> ».

On le voit, le rôle du juge dans la concrétisation de l'attente légitime des parties est facilité par l'existence d'une option offerte aux parties. Le principe de proximité appelé à jouer un rôle supplétif se moule dans le cadre de l'expectative des parties parce que l'auteur de la règle de conflit signifie à ses destinataires qu'il n'entend laisser planer aucune incertitude.

## Conclusion du chapitre

211. — Au long de ce chapitre, nous avons essayé de montrer qu'il était possible de corriger le système alternatif en faisant appel au principe de proximité. La première analyse semble conduire au rejet de cette hypothèse. Mais si l'on approfondit l'analyse il n'est pas difficile de constater que l'opposition entre le principe de proximité et le système fondé sur la finalité matérielle n'est pas irréductible. Et ceci s'explique par le fait que les règles qui participent au système alternatif sont des règles hybrides, mixtes d'un élément matériel et d'un élément conflictuel.

C'est ce tempérament qui permet l'utilisation du principe de proximité en tant que correcteur du système alternatif. Le droit positif étatique et interétatique contient des exemples multiples de correction du système alternatif par le principe de proximité. Mais les modalités d'intervention du principe ne sont pas uniformes et c'est d'ailleurs la raison pour laquelle le phénomène n'est pas toujours perçu par la doctrine.

Ainsi, lorsque le principe de proximité se trouve intégré dans la règle alternative la confusion entre la finalité et la proximité est telle qu'il est difficile de savoir si et comment le principe de proximité a joué son rôle correcteur. Mais encore faut-il distinguer suivant le degré d'intégration du principe dans le système. Si l'intégration est totale la confusion entre les deux est presque absolue alors que si elle n'est que partielle on peut percevoir le mode de fonctionnement du mécanisme correcteur.

Il faut également tenir compte du fait que le principe de proximité peut jouer un rôle autonome de correction. Et son mode d'action varie en fonction du degré d'autonomie. Plus le principe de proximité est autonome par rapport au système alternatif et mieux il exerce son rôle correcteur. Il faut, toutefois sauvegarder un équilibre constant entre les deux en jouant sur le nombre des rattachements utilisés et les types des rattachements utilisés.

Enfin, en cas de défaillance des parties dans l'exercice de l'option qui leur est offerte le principe de proximité peut jouer un rôle supplétif pour permettre la concrétisation de l'attente légitime des parties. Mais cela ne va pas sans poser des problèmes car, plus que l'attente légitime des parties c'est la volonté de l'auteur de la règle de conflit qu'il faut respecter. Et la question se pose alors de savoir quel est le rôle que l'on doit assigner au juge. L'équilibre entre finalité et proximité est sauvegardé par l'organisation de l'ensemble des règles qui participent d'un même esprit en un système cohérent. Le *système alternatif* ayant une structure et un fonctionnement qui lui sont propres peut supporter le choc de la confrontation avec le principe de proximité.

Dans une communauté de droits où les différences de conception s'amusent le principe de proximité ne dérange pas le système alternatif. Il le complète. Au risque de particularisme qui découle de la structure du système alternatif, le principe de proximité remédie par l'introduction de l'universalisme<sup>124</sup>. La coexistence entre les deux est dès lors fondée sur leur complémentarité : le système alternatif a besoin du principe de proximité pour sortir de la casuistique dans laquelle l'auteur de la règle veut, généralement, l'enfermer. Le prin-

cipe de proximité a besoin du système alternatif pour remédier au risque d'imprévisibilité qui résulterait de son application à l'état pur.

On vérifie ainsi, au fond, ce que M. Batiffol écrivait à propos de la portée de la dualité entre systèmes et données permanentes : « L'effort d'organisation et de justification des règles de droit a conduit à la constatation que s'agissant de poser des règles pour la vie de l'homme en société, on dégage un élément commun à ces règles : il existe des besoins et des tendances dont la constance... dénote le caractère fondamental, et dont la préservation et le développement sont par suite requis pour que la société aide ses membres à vivre en hommes<sup>125</sup> ».

Les rattachements alternatifs en droit international privé s'inscrivent dans cette tendance. Ils expriment un besoin de protection que les sujets de droit revendiquent. Le principe de proximité est l'expression de la continuité dans le respect de la tradition du droit international privé. La rencontre des deux fait féconder la réflexion et permet le changement de s'accomplir sans reniement aucun des principes.

## NOTES

1. Cf. en ce sens P. LAGARDE, *Le principe de proximité...*, *op. cit.*, spéc. n° 43, p. 58.
2. Sur le rôle joué par le système alternatif dans les législations contemporaines, cf. notamment FERRER-CORREIA, *Les problèmes de codification...*, *op. cit.*, p. 149 et ss., spéc. p. 151 ; VON OVERBECK, *Cours Général...*, *op. cit.* spéc. p. 67 et ss., n° 153 et ss. ; F. RIGAUX, *Méthode des conflits de lois dans les codifications...*, *op. cit.*, spéc. n° 20 et ss. ; PATOCCHI, *Règles de rattachement...*, *op. cit.*, spéc. n° 22 et ss., et nos développements, *supra*, 1<sup>re</sup> partie, spéc. Chapitre II.
3. Pour une illustration de cette tendance, il suffit de se référer à la loi suisse, au projet italien et à la résolution de l'Institut de Droit International : session du Caire 1987, *R.C.D.I.P.* 1988 p.133.  
En effet, l'Institut recommande aux Etats d'offrir une option en matière de régimes matrimoniaux, en matière de successions, en matière d'effets personnels du mariage, de divorce et de séparation de corps.  
Ce système qui fait déjà partie de l'EGBGB nouveau en R.F.A., s'il est adopté par d'autres Etats marquera l'introduction du système alternatif et donc de l'option de législation dans des domaines nouveaux.
4. L'on a fait remarquer que le système alternatif risque de « ... cristalliser sur le terrain des conflits de lois les divergences existant entre les règles matérielles concurrentes des différents Etats... » (Cf. P. LAGARDE, *Le principe de proximité...*, *op. cit.*, p. 58, n° 45) et que les rattachements à finalité matérielle « ... font obstacle à l'unification internationale et peuvent conduire à terme à la ruine de la règle de conflit... » (*ibidem*, p. 64, n° 52).
5. Cf. nos développements sur ce sujet, *supra*, n° 55 et ss., spéc. n° 86 et ss..
6. Cf. P. LAGARDE, *Le principe de proximité...*, *op. cit.*, et également F. SCHWIND, « Aspects et sens du droit international privé », *R.C.A.D.I.* 1984, IV., spéc. p. 76. Selon ce dernier auteur, « ...les relations internationales sont trop compliquées pour en trouver des solutions seulement à la base de la territorialité ou de la personnalité. La formule que l'on avait trouvée est très simple, mais parfois critiquée comme étant trop peu précise. Le lien le plus effectif doit figurer comme point de rattachement... »
7. Pour une illustration, cf. notamment : E. VASSILAKAKIS, *Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du droit international privé en Europe*, Paris, L.G.D.J., 1987, préface Paul Lagarde, spéc. n° 203 et ss.
8. Pour une critique de l'érection en « principe de droit positif » du concept de « liens les plus étroits », cf. notamment Y. LEQUETTE, « Compte rendu de l'ouvrage de M. VASSILAKAKIS », *R.C.D.I.P.*, 1988 p. 200 et ss., spéc. p. 203.  
La critique ne semble pas emporter la conviction. D'une part, parce que le principe de proximité a déjà été érigé en principe de droit positif par les législateurs contemporains (cf. Autriche, R.F.A., Pays-Bas, Portugal, Grèce, notamment). D'autre part, parce que le grief d'insécurité n'est pas décisif : si l'on admet que le juge peut procéder à la localisation d'une affaire, l'on doit admettre, également, que la recherche des liens les plus étroits ne peut que faciliter la localisation et qu'elle permet l'application de la loi la plus appropriée.
9. Cf. également l'article 30 E.G.B.G.B. nouveau. Ces dispositions reprennent les solutions adoptées par la Convention de Rome, sur la loi applicable au contrat, spéc. articles 5 et 6.
10. En ce sens, Paul LAGARDE, *Le principe de proximité...*, *op. cit.*, p. 98, n° 89.
11. *Ibidem*, *op. cit.*, p. 116, n° 108.  
Cet auteur remarque que « ... la clause d'exception a vocation à s'appliquer à la quasi-totalité des règles de conflit de lois. La seule exception paraît être constituée par les règles de conflit alternatives, édictées en vue de l'obtention d'un certain résultat matériel... »
12. *Ibidem*, *op. cit.*, p. 118 et ss., n° 110 et ss.
13. Cf. nos développements, *supra*, n° 86 et ss.
14. L'expression est de M. P. LAGARDE, *Le principe de proximité...*, *op. cit.*, p. 60, n° 46.

15. Le droit international privé autrichien a érigé le « principe de proximité » en un principe directeur dans la solution des conflits de lois et le projet suisse tout en lui donnant une apparence « d'exception » lui consacre un rôle tel qui aboutit, en réalité, à le transformer en principe.

Et sur le rapprochement des législations cf. par exemple le droit international privé de la R.F.A. qui a introduit dans l'EGBGB nouveau certaines dispositions des Conventions de la Haye et de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

16. Cf. nos développements, *supra*, n° 35 et ss.

17. C'est ce caractère *indirect* de la règle de conflit classique qui est à la base de la critique dirigée contre la *méthode des conflits de lois*.

Et sur le fait que la critique n'est pas toujours fondée cf. notamment P. GRAULICH, *La signification actuelle de la règle de conflit*, *op. cit.* ; B. AUDIT, *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit...*, *op. cit.* ; P. LAGARDE, *Le principe de proximité...*, *op. cit.*

18. En ce que les liens les plus étroits conduisent à une localisation *concrète*, cf. P. LAGARDE, *Le principe de proximité...*, *op. cit.*, p. 30, n° 4.

19. Cass. civ I, 25 novembre 1986, *R.C.D.I.P.* 1987. 383 note Lequette et Ancel ; *Grands arrêts...*, p. 518, n° 65 ; G.P. 3-4 juillet 1987, p. 12, note J. Massip ; *D.* 1987. 558, obs. B. Audit.

20. La loi tunisienne semble considérer l'enfant comme légitime. En ce sens L. PRUVOST, *J.C.L. droit comparé*, V°, Tunisie, fasc. I, n° 161.

21. Cf. Paul LAGARDE, *Le principe de proximité...*, *op. cit.*, p. 116-117, n° 109.

22. Cass.civ. I, 25 novembre 1986, *précité*.

23. Cf. A. BUCHER, *Sur les règles de rattachement à caractère substantiel*, *op.cit.*, p. 40. Il convient, néanmoins, de relever que l'autonomie de la volonté impliquée par le système alternatif, tout en se rapprochant de la loi d'autonomie, s'en distingue nettement en raison de la volonté même de l'auteur de la règle de conflit (Cf. déjà nos développements *supra* n° 119 à propos du renvoi et *infra*, n° 168).

24. Cf. notamment, PATOCCHI, *Règles de rattachement...*, *op. cit.*, n° 251 et ss., spéc. n° 255 ; JACQUET, *Principe d'autonomie...*, *op. cit.*, p. 189, n° 271 ; P. LAGARDE, *Le principe de proximité...*, *op. cit.*, p. 98 et ss. ; spéc. n° 90.

25. Cf. en ce sens les dispositions relatives à ces matières introduites par le législateur de 1986 dans l'E.G.B.G.B. nouveau de la R.F.A.

Le professeur P. LAGARDE annonce une introduction éventuelle de l'*option de législation* dans la Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions (Cf. *Le principe de proximité...*, *op. cit.*, p. 117, n° 109).

26. Cf. par exemple, la *résolution de l'Institut de Droit International, session du Caire 1987*, *R.C.D.I.P.* 1988 p. 133.

27. Cf. P. LAGARDE, *Le principe de proximité...*, *op. cit.*, p. 98, n° 90.

28. *Ibidem*, *loc. cit.*

29. *Ibidem*, p. 60, n° 43.

30. Cf. LEQUETTE et ANCEL, *Grands arrêts*, *op. cit.* p. 149.

31. Cf. Pierre MAYER, n° 139.

32. Cf. le mode de règlement contenu dans la Convention de La Haye de 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires.

33. *Précité*, *supra* note 19.

34. Ceci montre bien que l'idée de M. Pierre MAYER selon laquelle la règle à rattachements alternatifs n'est qu'une « règle substantielle interne qui prend en considération des règles éventuellement étrangères », ne semble pas juste. Outre le fait que ce type de règles ne s'applique pas aux litiges « purement internes », il y a le fait que la loi interne ne s'applique que si elle est désignée par l'un des rattachements contenus dans la règle de conflit.

35. Cf. en ce sens également P. LAGARDE, *Le principe de proximité...*, *op. cit.*, p. 106, n° 98.

Cet auteur relève que « ... la règle de conflit néerlandaise repose, en réalité, non pas tant sur le principe de proximité que sur celui de l'autonomie de la volonté qui en est souvent le complément ». Cf. le texte in *R.C.D.I.P.* 1981, 809 et observations de R. van ROOIJ.

36. *Supra*, n° 29 et ss.

37. Cf. nos développements *supra* n° 75 et ss.

38. Cf. en ce sens P. LAGARDE, *Le principe de proximité...*, *op. cit.*, p. 56, n° 41 ; Pierre MAYER, *Lois de police étrangères*, *op. cit.*, spéc. p. 300 et ss., n° 25.

39. Sur la notion de « règle à rattachements indéterminés », cf. nos développements *supra*, n° 70 et ss.

40. Pour des exemples de correction par indication des rattachements à consulter cf. notamment l'article 21 de la loi autrichienne et l'article 2083 du nouveau Code civil du Pérou.

41. Cf. nos développements *supra* n° 73.

42. Ainsi, à propos de l'article 311-16 du Code civil français MM. BATIFFOL et LAGARDE se demandaient si une règle qui met en concours quatre rattachements a encore un quelconque sens. Cf. *L'improvisation...*, *op. cit.*

43. Cf. sur ce sujet nos développements *supra* n° 56 et ss.

44. Cf. nos développements *supra* n° 114 et ss.

45. Sur la coordination des lois en concours cf. nos développements *supra* n° 90 et ss.

46. Pour une illustration cf. T.G.I. Paris, 30 avril 1985, *précité*.

47. Cf. nos développements *supra* n° 91 et ss.

48. Cf. par exemple, Nancy, 4 octobre 1985, *Clunet* 1987, 94, note Gaudemet-Tallon.

49. Cf. T.G.I. Paris, 30 avril 1985, *précité*.

50. Cf. T.G.I. Paris, 24 avril 1980, *R.C.D.I.P.* 1982, p. 685, note H. Batiffol.

51. M. Droz, par exemple, adopte la qualification règle de fond pour l'interdiction du testament conjonctif. in *Jurisl. Dr. Intern.*, fasc. 557-B, n° 69.

52. Cf. P. LAGARDE, *Le principe de proximité...*, *op. cit.*, p. 94, n° 85, *in fine*.

53. Cf. EVRIGENIS, *Tendances doctrinales actuelles...*, *op. cit.*

54. Cf. FERRER-CORREIA, *Problèmes de codification...*, *op. cit.*

55. Cf. P. LAGARDE, *Le principe de proximité...*, *op. cit.*

56. Cf. LEQUETTE et ANCEL, *Grands arrêts...*, *loc. cit.*

57. Cf. P. LAGARDE, *Le principe de proximité...*, *op. cit.*, spéc. p. 116 et ss., n° 109.

58. Cf. les exemples cités, *supra*, n° 158 et n° 173 et ss.

59. Cf. nos développements, *supra*, n° 169 et ss.

59 bis. Cf. nos développements *supra* n° 66 et ss., spéc. n° 67.

60. En ce sens DUBLER, *Les clauses d'exception...*, spéc. n° 79 ; P. LAGARDE, *Le principe de proximité...*, *op. cit.*, n° 108, p. 116 ;

Plus nuancés : A. GIARDINA, « Criteri Ispiratoai e Techniche di una eventuale riforma in Italia del Diritto Internazionale Privato », *R.D.I.P.P.* 1985, p. 5 et ss., spéc. n° 15 et ss., p. 34 et ss. ; C. CAMPIGLIO, « L'esperienza Svizzera in tema di clausola d'eccezione : l'art. 14 del progetto di riforma del Diritto Internazionale Privato », *R.D.I.P.P.* 1985, p. 47 et ss., spéc. n° 13 et ss., p. 82 et ss.

61. Cf. également l'article 35 § 4 de loi yougoslave.

62. Sur la Convention cf. les commentaires de MM. Loussouarn, *Clunet*, 1970, p. 5 et ss. et Batiffol, *R.C.D.I.P.* 1970, p. 215 et ss.

Et sur l'ensemble de la question, cf. FORGET, *Les conflits de lois en matière d'accidents de la circulation routière*, Paris, 1973.

63. Cf. FORGET, *ibidem*.

64. Sur la localisation qualitative et quantitative cf. PATOCCHI, *Règles de rattachement...*, *op. cit.*, p. 235 et ss., n° 481 et ss.

65. Pour des exemples du système étatique cf. *Le droit international privé allemand, autrichien, néerlandais, français et la loi suisse*. Pour des exemples du droit inter-étatique, Cf. Les Conventions de La Haye sur la forme des dispositions testamentaires, sur la loi applicable aux obligations alimentaires, sur les accidents de la circulation routière, sur la responsabilité du fait des produits, etc.

66. Cf. sur ce texte, notre présentation *supra* n° 174.

67. Cf. en ce sens P. LAGARDE, *Le principe de proximité...*, *op. cit.*, p. 106, n° 98.

68. Cf. en ce sens, P. LAGARDE, *ibidem*, p. 93 et ss., n° 85 et ss.

69. Cf. en ce sens *ibidem*, p. 94 n° 85.

70. Cf. les propositions du Max-Planck Institut, in *Rebels Z*, 1983, p. 699.

71. Cf. par exemple, F. POCAR, *La protection de la partie faible...*, *op. cit.* ; Jacques FOYER, *Problèmes de conflits de lois...*, *op. cit.*

72. Cf. nos développements, *supra*, n° 64.

73. Sur ces textes cf. nos développements *supra* n° 45 et 46.

74. Sur l'application des lois protectrices et les différents degrés de protection cf. notamment WENGLER, *Internationales Privatrecht*, spéc. p. 171 ; D.F. CAVERS, *A critique of the choice-of-law problem*, Addendum 1972.

75. Cf. par exemple PATOCCHI, *Règles de rattachement...*, *op. cit.*, spéc. n° 547. Selon cet auteur « ... le choix de la loi applicable en fonction de la teneur des règles matérielles en présence introduit en quelque sorte un élément de censure matérielle dans la règle de rattachement, dont l'effet est d'écarter l'application des lois les moins évoluées dans un domaine déterminé et de réduire ainsi indirectement la fréquence de la mise en œuvre de la réserve d'ordre public ».

76. Sur la confusion entretenue par la jurisprudence française entre les exigences de la proximité et celles de l'ordre public, cf. P. LAGARDE, *Le principe de proximité...*, *op. cit.*, spéc. n° 103-104, p. 109-113.

77. Sur la fonction correctrice du principe de proximité dans l'article 5 de la Convention de Rome, cf. P. LAGARDE, *Le principe de proximité...*, *op. cit.*, p. 98, n° 90.

78. Cf. MAURY, *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public international et la fraude à la loi*, p. 78 et ss. ; P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, p. 157 et ss. ; LOUSSOUARN ET BREDIN, *Droit du Commerce International*, n° 254, p. 351.

79. Le premier exemple de cette conception est l'arrêt Patino du 15 mai 1963, *R.C.D.I.P.* 1964, 532, note P. Lagarde ; *Clunet*, 1963, 1016 note Malaurie, *J.C.P.* 1963.II. 13 365, note Motulsky.

80. En ce sens, MAURY, *L'éviction...*, *op. cit.*, P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public...*, *op. cit.*, spéc. p. 73 et ss., n° 68 et ss. Cet auteur parle de « rattachement du litige au droit international privé du for » ; LOUSSOUARN ET BOUREL, n° 261, p. 359 ; P. MAYER, n° 210 et ss., p. 131 et ss.

81. Il vaut parfois mieux modifier la règle de conflit que de faire application de l'ordre public. Cf. Batiffol et Lagarde, n° 360.

82. Pour une illustration des difficultés qui peuvent résulter de l'effet de substitution de l'ordre public, cf. notamment M. L. NIBOYET-HOEGY, note sous Cass. civ. I. 12 mai 1987, *Clunet*, 1988, 101.

83. Pour une illustration de la confusion entretenue entre les « principes de préférence » et le « système alternatif », cf. P. MAYER, n° 139, p. 88 et ss.

Pour une critique de cette confusion cf. nos développements, *supra* n° 38 et ss., spéc. n° 39.



84. Cf. Bundesarbeitsgericht, 4 mai 1977, *IPRspr* 1977, n° 43, *Clunet*, 1985 p. 170, note Ch. Kohler.

85. Sur les difficultés de la détermination de la « proximité » en cas de détachement temporaire d'un employé, cf. l'exemple cité par P. LAGARDE, *Le principe de proximité...*, *op. cit.*, p. 94, n° 86. Cf. pour une application récente de la jurisprudence française : Paris, 27 novembre 1986, *R.C.D.I.P.* 1988, 314, note A. LYON-CAEN.

86. En ce sens Ch. Kohler, *note précitée*, p. 171. Cf. dans le même sens, *ibidem*, note sous, *Bundesarbeitsgericht*, 10 avril 1975, *Clunet*, 1985, p. 169, spéc. p. 170.

87. Cf. T.G.I. Créteil 19 février 1981, *Clunet*, 1982, 910 note J. Foyer.

88. L'enfant est né le 5 juillet 1976. C'est, par conséquent, sous l'empire de la loi du 3 janvier 1972 qu'il aurait fallu se placer pour trancher le litige.

89. Cf. nos développements, *supra*, n° 14.

90. On comparera d'ailleurs la solution donnée ici au litige à celle qui découle de l'arrêt de la Cour de cassation précitée, note 82. Cette dernière énonce, en effet, que le principe de la légitimation par mariage subséquent des enfants naturels est un principe fondamental du droit français depuis la loi du 3 janvier 1972. Faut-il étendre la portée de l'arrêt à la reconnaissance ?

91. Cf. Bundesgerichtshof 19 mars 1975, *Clunet*, 1985, 163 note Ch. Kohler.

92. Elargissant un peu le champ de l'analyse cf. Cour d'appel de Bruxelles, 30 juin 1981, *Clunet*, 1984 p. 358, note C.V.C. En l'espèce, statuant sur une demande d'annulation de la reconnaissance d'un enfant naturel belge, faite en Belgique par le père soudanais, la Cour d'Appel fait application de la loi nationale de l'enfant, après avoir constaté qu'il n'existe au Soudan aucun texte de loi relatif à la reconnaissance d'enfant naturel. Et la Cour justifie ainsi sa solution : « ... selon la conception des droits de l'enfant actuellement dominante, il est de l'intérêt primordial de tout enfant d'avoir une filiation juridiquement établie tant vis-à-vis de son père, qu'à l'égard de sa mère ». La reconnaissance est donc déclarée valable.

En réalité, la loi belge est appliquée parce qu'elle avait des liens prépondérants avec l'affaire (loi nationale de l'enfant, loi du lieu de la résidence habituelle, loi du lieu de la reconnaissance, loi du siège du tribunal saisi).

93. Cf. par exemple, la décision citée à la note précédente. En l'espèce, la mère de l'enfant demandait à la Cour d'Appel de prononcer la nullité de la reconnaissance, au motif que la loi nationale du père, la loi soudanaise, prohiberait toute reconnaissance d'enfants nés hors mariage. Si l'on tient compte du principe énoncé par l'arrêt, la loi soudanaise serait écartée comme contraire à l'ordre public belge. Plutôt que de poursuivre sur ce terrain les juges préférèrent faire application du principe de proximité qui permet l'obtention du résultat recherché par l'auteur de la règle de conflit sans passer par le biais de l'exception d'ordre public.

Cf. dans le même sens T.G.I. Paris, 1<sup>er</sup> mars 1977 *R.C.D.I.P.* 1978.110, note Lequette.

94. Sur cette question cf. nos développements *supra* n° 26 et 27.

95. Sur les difficultés suscitées par l'exercice de l'option cf. nos développements *ibidem* ; BATIFFOL ET LAGARDE, *L'improvisation...*, *op. cit.*, p. 26 ; PATOCCHI, *Règles de rattachement...*, *op. cit.*, p. 307-308, n° 621 ; VON OVERBECK, *Cours général...*, *op. cit.*, p. 90, n° 197.

96. M. Patocchi est favorable à « l'idée de choix obligatoire », (Cf. *ibidem*, n° 627) et n'envisage l'aménagement d'un rattachement subsidiaire que « si le choix doit être fait de commun accord par deux parties » ;

L'on a du mal à adhérer à cette proposition car le rôle du rattachement subsidiaire dans le système alternatif n'est pas celui de départager les parties en litige mais de permettre l'obtention du résultat. Il en résulte que le rattachement subsidiaire est souhaitable quel que soit le titulaire de l'option.

97. Sur la confusion entretenue par la jurisprudence entre le principe de proximité et la finalité cf. P. LAGARDE, *Le principe de proximité...*, *op. cit.*, p. 122, n° 116 et ss.

98. Cette faculté permettant la correction du système fondé sur l'option résulte bien de la rédaction du texte. « ... Le droit national commun est néanmoins appliqué *si les parties optent* pour ce droit... ». « ... Le droit néerlandais est appliqué *si les parties optent* pour ce droit... ». C'est dire que si les parties n'exercent pas l'option qui leur est offerte il faut faire application des rattachements normaux qui consacrent le principe de proximité.

99. L'idée que l'option n'est qu'une faculté résulte ici aussi des termes mêmes du texte : « toutefois, *les parties peuvent choisir...*

100. Cf. art. 29 EGBGB § 2, art. 30 EGBGB § 2, art. 5 de la Convention de Rome § 3, art. 6 § 2

101. Pour une illustration récente cf. Y. DERAINS, « L'attente légitime des parties... », *Trav. Com. Fr. Dr. Int. Priv.*, 1985.

102. Cf. A. BUCHER, *Sur les règles de rattachement à caractère substantiel*, *op. cit.* Selon cet auteur l'autonomie de la volonté est l'expression la plus large du rattachement alternatif en droit international privé.

103. Cf. nos développements *supra* n° 35 et ss.

104. Pour une réfutation de cette critique cf. notamment PATOCCHI, *Règles de rattachement...*, *op. cit.*, p. 279 et ss., n° 561 et ss.

105. Sur la plénitude de l'ordre juridique cf. Karl LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 2<sup>e</sup> éd., traduction portugaise, *Metodologia da ciência do direito*, Lisbonne, 1978, spéc. p. 208 et ss.

106. Sur l'option offerte à la victime dans cette Convention, cf. notamment le commentaire de M. Loussouarn.

107. Sur les critiques suscitées par l'option obligatoire pour les parties cf. nos développements *supra* n° 26 et ss.

108. Pour un exemple de la critique du principe de proximité en tant que source d'imprévisibilité cf. Y. LEQUETTE, *in* « Compte rendu de l'ouvrage de E. Vassilakakis », *R.C.D.I.P.* 1988 p. 200 et ss.

Et pour sa réfutation cf. P. LAGARDE, *Le principe de proximité...*, *op. cit.*, n° 109, p. 117.

109. Sur cette question cf. P. LAGARDE, *Le principe de proximité...*, *op. cit.*, p. 124, n° 116.

110. Sur les rattachements en matière de contrat de travail, cf. nos développements *supra*, n° 45 et notamment, P. RODIERE, *Conflits de lois en droit du travail : étude comparative...*, *op. cit.* Et pour une application du principe cf. Paris, 27 novembre 1988, *R.C.D.I.P.* 1988, 314, note A. LYON-CAEN.

111. A titre d'exemple cf. la loi allemande de 1986. L'auteur des règles de conflit n'a pas hésité à reproduire les normes existantes dans les Conventions de la C.E.E. et de La Haye. Le particularisme national est ainsi gommé un peu plus de cette législation. Cela ne va pas sans poser des problèmes. (Cf. commentaire de Sonnenberger, *op. cit.*, spéc. p. 12).

112. Cf. par exemple P. MAYER, « L'office du juge dans le règlement des conflits de lois », *Trav. Com. Fr. Dr. Inter. Privé*, 1975-1977, p. 233 et ss.

113. Cf. nos développements *supra*, n° 35 et ss.

114. Sur le « rôle créateur » de la jurisprudence en droit international privé cf. « Réactions de la doctrine à la création du droit par le juge », *Travaux de l'Association Capitant*, 1980.

115. Sur l'étendue du pouvoir du juge, cf. Philippe THERY, *Pouvoir Juridictionnel et compétence (étude de droit international privé)*, thèse Paris II, 1981 ; M. L. NIBOYET-HOEGY, *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé*, Paris, Economica, 1986, spéc. p. 255 et ss.

116. Pour des exemples de la non obtention du résultat cf. notamment T.G.I. Paris, 30 avril 1985, *précité*.

117. Cf. le texte *R.C.D.I.P.* 1988 p. 133 et ss.

118. Pour une illustration cf. Ph. FRANCESCAKIS, *La pensée des autres*, *op. cit.* et le compte-rendu de P. GOTHOT, *R.C.D.I.P.*, 1987 p. 711 et ss.

119. Cf. P. MAYER, n° 139 ; LEQUETTE et ANCEL, *Grands arrêts...*, *op. cit.*, p. 149.

120. Sur la loi néerlandaise cf. nos développements *supra*.

121. L'expression est de H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, p. 164.

122. Pour un exemple de cette critique cf. LEQUETTE, *Compte-rendu de l'ouvrage de M. Vassilakakis*, *précité*, spéc. p. 203.

123. Sur les rapports entre les systèmes et les fins cf. H. BATIFFOL, *Problèmes de base de philosophie du droit*, p. 469 et ss., spéc. p. 477 et ss.

124. Cf. sur ce sujet G. BOLARD, « Universalisme ou nationalisme : l'hésitation française », *Ann. Suisse. Dr. Intern.*, 1977, p. 83 et ss.

125. H. BATIFFOL, *Problèmes de base de philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 483.

## **CONCLUSION GÉNÉRALE**

212. — Au terme de cette recherche sur les rattachements alternatifs en droit international privé, un certain nombre d'enseignements se dégagent, nous permettant ainsi d'avoir une meilleure compréhension de cette pratique.

L'auteur de la règle de conflit utilise généralement la *disjonction des rattachements* pour construire tout un *système* dont l'objectif est celui d'exprimer sa volonté de protection de certaines situations juridiques particulières. L'introduction de la pluralité de rattachements avec une finalité bien déterminée modifie la structure de la règle de conflit relativement au modèle hérité de Savigny. Et la nécessité de rechercher un résultat conditionne le fonctionnement de la règle de conflit alternative. La particularité de la règle de conflit à rattachements alternatifs et la particularité de son fonctionnement s'inscrivent dans le « pluralisme des méthodes » en cours dans le droit international privé actuel. Le développement de ce type de règles dans les systèmes positifs et les raisons de leur essor nous ont conduit à la constatation de l'existence d'un véritable *système alternatif*.

213. — L'analyse de la structure du système alternatif, dans ses stratifications en profondeur<sup>1</sup>, nous a permis de constater sa complexité en raison de la primauté du caractère matériel sur le caractère localisateur du rattachement. La règle à rattachements alternatifs n'est, toutefois, pas une règle « purement substantielle<sup>2</sup> ».

La substantialité de la règle de conflit à rattachements alternatifs est modulée en fonction de sa structure externe, de la position respective des rattachements et du degré de localisation de ceux-ci<sup>3</sup>. C'est cette nature hybride, mixte d'un élément matériel et d'un élément conflictuel, qui révèle la complexité de la structure du système alternatif et qui donne un caractère particulier à son mode de fonctionnement.

En effet, le fonctionnement du système alternatif se rapproche de celui de la règle de conflit classique dans la mesure où la recherche de la loi applicable s'effectue par le biais des rattachements contenus dans la règle de conflit. Mais la localisation du rapport de droit ne suffit pas. Encore faut-il que la loi désignée par le rattachement soit apte à permettre l'obtention du résultat recherché. La *lex conveniens*, n'est pas toujours la *loi appropriée*, car il n'y a pas toujours adéquation du droit au fait.

214. — Il en résulte tout une série de difficultés de fonctionnement du système alternatif.

La première de ces difficultés résulte de la nécessité de coordination des lois intéressées. Le concours de rattachements ne peut pas toujours être résolu par le biais d'une *subsumption*<sup>4</sup>, car il ne se traduit pas toujours par un conflit de rattachements. La justice casuistique<sup>5</sup> véhiculée par les rattachements alternatifs ne peut, par conséquent, pas se concrétiser tant que les conditions exigées par les lois en concours ne sont pas remplies. Mais le défaut de coordination des lois intéressées au litige conduit souvent au dysfonctionnement du système alternatif.

D'autres difficultés peuvent survenir en raison des incidents de fonctionnement, soit dans l'espace, soit dans le temps des règles à rattachements alternatifs. Lorsque l'incident survient lors du fonctionnement dans l'espace l'on peut constater que la finalité matérielle recherchée par le système alternatif est un fondement autonome du renvoi, même si le système, en n'admettant que le renvoi *in favorem*, met également en évidence l'une de ses limites : sa difficulté à intégrer la *théorie du renvoi*. Mais la faculté d'application générale du système alternatif n'est, pour autant, pas mise en cause. Et ceci peut être vérifié lorsque l'incident de fonctionnement se produit dans le temps.

En cas de modification de l'élément de rattachement, les potentialités du système alternatif ne sont limitées que par la volonté de l'auteur de la règle de conflit lui-même. Dès lors qu'il n'a pas immobilisé le rattachement le système alternatif a vocation à s'appliquer.

En cas de modification de la règle de droit, le problème se posant au stade de la compétence indirecte, le système alternatif aura vocation à s'appliquer par référence aux principes généraux, « plus libéraux » du droit international privé<sup>6</sup> qui commandent d'appliquer non pas les règles spéciales, mais les principes généraux du droit transitoire<sup>7</sup>.

215. — Le système alternatif aura donc vocation à régler non seulement les conflits des lois, mais aussi les conflits de juridictions. Son domaine *ratione materiae* a tendance à s'accroître notablement<sup>8</sup>. Et l'on a fait remarquer que l'*option de législation* permet au *principe de proximité* de mieux jouer son rôle correcteur, dans la mesure où elle permet de rejeter le grief d'imprévisibilité que l'on fait généralement à ce principe<sup>9</sup>. Et si le principe de proximité a tendance à servir de correcteur de l'ensemble des règles de conflit<sup>10</sup> ne peut-on pas faire appel à lui pour essayer de corriger, également, le système alternatif ?

C'est ce que nous avons essayé de faire. L'analyse du droit positif nous a conduit à constater que la correction du système alternatif par le principe de proximité est d'ores et déjà un fait. Il n'est certes pas facile d'observer le mode d'intervention du principe de proximité en tant que correcteur du système alternatif, tant ces modalités sont multiples et variées<sup>11</sup>. Mais, que le correctif soit intégré dans la règle alternative ou qu'il soit autonome, qu'il soit spontané ou imposé, une constatation s'impose : le principe de proximité permet au système alternatif de s'affranchir des impératifs de la justice casuistique et d'éviter ainsi le grief de partialité<sup>11bis</sup>.

L'utilisation du principe de proximité en tant que correcteur du système alternatif permet à ce dernier de s'éloigner du *particularisme* dans lequel il risquerait d'être enfermé<sup>12</sup> pour se rapprocher de l'*universalisme* auquel conduit le principe de la bilatéralité<sup>13</sup>. Cela est possible car s'il est vrai qu'en principe l'option exclut la localisation, il faut également tenir compte de la nature hybride des règles à rattachements alternatifs. D'une part, le rattachement peut se révéler inopérant, ne permettant pas d'atteindre le résultat recherché. D'autre part, les parties n'exercent pas toujours l'option qui leur est offerte. Le principe de proximité devient alors un correctif efficace du système alternatif.

216. — La règle de conflits à rattachements alternatifs n'est certes pas une règle « neutre<sup>14</sup> ». Mais la critique fondée sur le défaut de neutralité de la règle doit être ramenée à des justes proportions. En effet, il existe un certain nombre de règles de conflits qui ne sont pas neutres parce qu'elles ont une *axiologie* qui leur est propre<sup>15</sup>. Le système alternatif répond seulement à un but de politique législative comme le faisait il y a quelques années encore le système du cumul. C'est, par conséquent, par rapport au but visé par l'auteur de la règle que la « neutralité » doit être recherchée et non pas en fonction des intérêts concrets des parties<sup>16</sup>.

Et c'est justement parce que le juge ne peut agir qu'en fonction des directives du législateur contenues dans la règle de conflit que la prévisibilité des décisions judiciaires est ou peut être sauvegardée<sup>17</sup>. Il en irait, certes, autrement si le choix de la loi applicable était laissé à l'arbitre du juge et si ce dernier était libre de choisir la loi qui selon lui serait la plus convenable à la solution du problème. Le *système alternatif* ne se distinguerait plus de la *better law* car il ne s'agirait plus de la recherche de la loi appropriée mais de la meilleure loi<sup>18</sup>.

La critique fondée sur le défaut de neutralité de la règle de conflit est recevable lorsqu'elle est dirigée contre la méthode de la *better law*, mais elle est contestable lorsque dirigée contre le système alternatif.

La règle de conflits à rattachements alternatifs est l'expression de la métamorphose par laquelle est passée le droit international privé lui-même. L'accroissement des échanges au plan international, l'accroissement du rôle social de l'Etat et le recul du formalisme ont imposé une transformation au Droit international privé. C'est en se transformant que le droit international privé a « rajeuni »<sup>19</sup>. Le développement du système alternatif est peut être l'illustration de cette nouvelle jeunesse du droit international privé.

## NOTES

1. Sur la nécessité d'étudier les raisons d'être des normes, dans leurs stratifications en profondeur, cf. H. BATIFFOL, « Droit comparé, droit international privé et théorie générale du droit (droit international privé et caractère systématique du droit) », *R.I.D.C.* 1970, spéc., p. 673.

2. Sur cette conception cf., Pierre MAYER, *Droit international privé*, *op. cit.*, approuvé par LEQUETTE ET ANCEL, *Grands Arrêts...*, *op. cit.*, p. 520.

3. Cf. nos développements *supra*, n° 55 et ss.

4. Cf. CANSACCHI, *Choix et adaptation...*, *op. cit.* Et plus particulièrement sur les modalités de *subsomption* en fonction du type de concours, cf. Magalhães COLLAÇO, *Da qualificação no Direito Internacional Privado*, spéc. p. 261 et ss. ; Baiao do Nasimento, *Concurso de Normas*, Lisbonne 1971, préface I. Magalhães Collaço.

5. Cf. KNOEPFLER, « *Le droit international privé : froideur mécanique ou justice casuistique* », *op. cit.*

6. Sur la référence aux principes généraux du droit international privé, cf. Paris, 10 novembre 1971 *Mack Trucks*, *précité*.

7. Sur cette orientation cf., Cass. civ. I, 6 février 1985, *SIMITCH*, *précité*. Et pour une interprétation de cette décision cf. B. ANCEL, « La loi appliquée et effets en France des décisions étrangères », *Trav. Com. Fra. Dr. Int. Priv.* 1986, compte-rendu de G. Pluyette, *R.C.D.I.P.*, 1987 p. 475.

8. Cf. « La résolution de l'Institut de Droit International, session du Caire 1987 », *R.C.D.I.P.*, 1988, p. 133.

9. En ce sens P. LAGARDE, *Le principe de proximité...*, *op. cit.*

10. *Ibidem*.

11. Cf. nos développements, *supra*, n° 181 et ss.

11 bis. Sur le traitement inégal des sujets de droit par l'auteur de la norme juridique cf. notamment : H. BATIFFOL, « Significations de l'égalité pour la philosophie du droit », in *Choix d'articles*, p. 447 et ss., spéc. p. 452 et ss.

12. En ce sens, Jacques FOYER, *Problèmes de conflits de lois...*, *op. cit.*, p. 62, n° 118.

13. Sur ce sujet cf. P. LAGARDE, *Le principe de proximité...*, *op. cit.*

14. Pour une illustration de cette critique, cf. Y. LOUSSOUARN, *La règle de conflit est-elle neutre ?* *op. cit.*

15. Sur la prise en considération de l'axiologie des normes juridiques dans le droit international privé contemporain, cf. R. Moura RAMOS, *Direito Internacional Privado e Constituição*, *op. cit.* ; C. LABRUSSE, « Droit Constitutionnel et Droit International Privé en Allemagne Fédérale », *R.C.D.I.P.*, 1974, p. 1 et ss.

16. Cf. déjà Ferrer CORREIA, *Problèmes de codification...*, *op. cit.* ; E. VITTA, *Dirito Internazionale privato*, tome I, p. 289 et ss. Et sur un plan plus général, cf. H. BATIFFOL, *Significations de l'égalité pour la philosophie du droit*, *op. cit.*

17. En ce sens VAN HECKE, « Principes et méthodes de solution des conflits de lois », *R.C.A.D.I.* 1969.I. spéc. p. 478 et ss.

18. Pour une illustration de notre propos, cf. R.E. SEDLER, « Limiti costituzionali alla scelta della legge applicabile : prospettiva di generalismo costituzionale », *R.D.I.P.P.*, 1983 p. 241 et ss., spéc. p. 258, n° 6.

L'auteur analyse l'étendue du pouvoir du juge dans le système de conflit de lois aux Etats-Unis d'Amérique après la sentence *Hague*.

19. Sur la « métamorphose » du droit international privé, cf. EVRIGENIS, « Tendances actuelles en Droit International Privé », *R.C.A.D.I.* 1966.II., spéc. p. 313 et ss.



## ANNEXES

### I — Tableau des principales dispositions concernées

Le présent tableau ne comprend que les dispositions le plus fréquemment citées.

#### I — Dispositions de source étatique

1. ALLEMAGNE (République démocratique), *Loi sur le droit international privé de 1975*, § 20.
2. ALLEMAGNE (République fédérale), *Loi du 25 juillet 1986 portant réforme du droit international privé*, art. 10, art. 11, art. 14, art. 15, art. 19, art. 21, art. 29, art. 30.
3. AUTRICHE, *Loi fédérale du 15 juin 1978 sur le droit international privé*, § 1, § 21, § 25.
4. CANADA, *Projet de codification du droit international privé québécois*, art. 25, art. 27, art. 31.
5. CHINE (République populaire), *Principes généraux du Code civil — loi du 12 avril 1986*, art. 146.
6. FRANCE, *Code civil*, art. 311-14, art. 311-15, art. 311-16, art. 311-17, art. 311-18.
7. HONGRIE, *Décret-loi de 1979 sur le droit international privé*, § 10, § 32, § 37, § 41, § 42.
8. ITALIE, *Loi d'introduction du Code civil*, art. 17, art. 25, art. 26.
9. PAYS-BAS, *Loi du 25 mars 1981 portant règlement des conflits de lois en matière de dissolution du mariage*, art. 1.
10. POLOGNE, *Loi sur le droit international privé*, art. 10, art. 15.
11. PORTUGAL, *Code civil*, art. 19, art. 28, art. 31, art. 36, art. 65.
12. PEROU, *Code civil*, art. 2083.
13. SUISSE, *Loi sur les rapports de droit civil des citoyens établis et en séjour*, art. 7, art. 8, art. 24, *Projet de loi fédérale sur le droit international privé*, art. 3, art. 14, art. 55, art. 59, art. 70, art. 117, art. 118, art. 128, art. 131, art. 132.
14. YUGOSLAVIE, *Loi du 15 juillet 1982 sur les solutions des conflits de lois avec les dispositions des autres Etats*, art. 28, art. 35, art. 43.

## II — Dispositions de source interétatique

### A — Conventions de la Haye

1. *Sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires*, art. 1.
2. *Sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière*, art. 9.
3. *Sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits*, art. 6.
4. *Sur la loi applicable aux obligations alimentaires*, art. 4, art. 5, art. 6.
5. *Sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux*, art. 9, art. 12, art. 13.

### B — Conventions de la Communauté économique européenne

1. *Convention de Bruxelles relative à la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 27 septembre 1968*, art. 5.
2. *Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles du 19 juin 1980*, art. 5, art. 6, art. 9.

### C — Conventions de la Commission internationale de l'Etat civil (C.I.E.C.)

- *Convention sur la légitimation par mariage signée à Rome le 10 septembre 1970*, art. 1.

## III — Résolutions de l'Institut de droit international

- *Résolution sur le problème intertemporel en droit international privé*, (session de Dijon 1981).
- *Résolution sur la dualité de nationalité et de domicile en droit international privé*, (session du Caire 1987).

## II — Reproduction de quelques dispositions citées

### A — Dispositions étatiques

#### 1 — France.

##### a) Code civil

Du conflit des lois relatives à l'établissement de la filiation.

*Art. 311-14. La filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant ; si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant.*

*Art. 311-15. Toutefois, si l'enfant légitime et ses père et mère, l'enfant naturel et l'un de ses père et mère ont en France leur résidence habituelle, commune ou séparée, la possession d'état produit toutes les conséquences qui en découlent selon la loi française, lors même que les autres éléments de la filiation auraient pu dépendre d'une loi étrangère.*

*Art. 311-16. Le mariage emporte légitimation lorsque, au jour où l'union a été célébrée, cette conséquence est admise, soit par la loi régissant les effets du mariage, soit par la loi personnelle de l'un des époux, soit par la loi personnelle de l'enfant.*

*La légitimation par autorité de justice est régie, au choix du requérant, soit par la loi personnelle de celui-ci, soit par la loi personnelle de l'enfant.*

*Art. 311-17. La reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité est valable si elle a été faite en conformité, soit de la loi personnelle de son auteur, soit de la loi personnelle de l'enfant.*

*Art. 311-18. L'action à fins de subsides est régie, au choix de l'enfant, soit par la loi de sa résidence habituelle, soit par la loi de la résidence habituelle du débiteur.*

**b) Loi du 18 juin 1966**

**TITRE II. — TRANSPORT DE MARCHANDISES**

**CHAPITRE I<sup>er</sup>. — Règles générales**

*15. Par le contrat de transport maritime, le chargeur s'engage à payer un fret déterminé et le transporteur à acheminer une marchandise déterminée, d'un port à un autre. Les dispositions du présent titre s'appliquent depuis la prise en charge jusqu'à la livraison.*

*16. Le présent titre est applicable aux transports, effectués au départ ou à destination d'un port français, qui ne sont pas soumis à une convention internationale à laquelle la France est partie, et en tout cas aux opérations de transport qui sont hors du champ d'application d'une telle convention.*

*Les diligences extrajudiciaires, les mesures conservatoires et les mesures d'exécution sur la marchandise sont régies par la loi du lieu où elles doivent être effectuées.*

*La prescription de l'action en justice est régie par la loi du tribunal devant lequel l'action est portée.*

**2 — République démocratique allemande**

*Loi sur l'application du droit aux rapports internationaux de droit civil, familial et de travail, ainsi qu'aux contrats économiques internationaux (loi sur l'application du droit) (R.A.G.) du 5 décembre 1975 .*

**§20. — Dissolution du mariage**

*1. Le divorce est régi par le droit de l'Etat dont les époux ont la nationalité au moment de l'introduction de la demande. Si les époux sont nationaux d'Etats différents, le droit applicable est celui de la République démocratique allemande.*

*2. Le droit de la République démocratique allemande est applicable si le droit désigné en vertu de l'alinéa 1<sup>er</sup> ne permet pas, ou ne permet qu'à titre exceptionnel la dissolution du mariage par le divorce.*

*3. L'annulation d'un mariage est régie par le droit applicable à sa conclusion selon le § 18.*

**3. — République fédérale d'Allemagne**

*Loi du 25 juillet 1986 portant réforme du droit international privé (Bundesgesetzblatt, 30 juillet 1986, n° 37, p. 1142 et s.).*

**Article 11**

**Forme des actes juridiques**

*(1) Un acte juridique est valable, quant à la forme, s'il satisfait aux conditions de forme, soit de la loi qui régit le rapport de droit dont il est l'objet, soit de la loi du lieu où il est passé.*

*(2) Un contrat conclu entre des personnes se trouvant dans des Etats différents est valable quant à la forme, s'il satisfait aux conditions de forme, soit de la loi qui régit le rapport de droit dont il est l'objet, soit de la loi de l'un de ces Etats.*

*(3) Lorsque le contrat est conclu par un représentant, l'Etat où se trouve ce représentant est déterminant pour l'application des alinéas 1 et 2.*

*(4) Les contrats qui ont pour objet un droit réel immobilier ou un droit d'utilisation d'un immeuble, sont soumis aux règles de forme impératives de l'Etat où l'immeuble est situé, pour autant que selon le droit de cet Etat elles s'appliquent indépendamment du lieu de conclusion du contrat et de la loi le régissant au fond.*

(5) Un acte juridique relatif à la constitution ou à la disposition d'un droit réel sur une chose n'est valable quant à la forme que s'il satisfait aux conditions de forme de la loi à laquelle obéit le rapport de droit dont il est l'objet.

*Article 12*  
*Protection de la partie cocontractante*

*Lorsqu'un contrat est conclu entre des personnes se trouvant dans un seul et même Etat, une personne physique qui serait capable selon la loi interne de cet Etat ne peut invoquer son incapacité résultant de la loi interne d'un autre Etat que si au moment de la conclusion du contrat le cocontractant connaissait ou devait connaître cette incapacité. Cette disposition ne s'applique ni aux actes juridiques du droit de la famille et du droit des successions ni aux actes de disposition relatifs à des immeubles situés dans d'autres Etats.*

.....

*Article 14*  
*Effets généraux du mariage*

(1) Les effets généraux du mariage sont régis :

1° par la loi de l'Etat dont les deux époux, durant le mariage, sont ressortissants ou l'étaient en dernier lieu, pourvu que l'un d'eux possède encore la nationalité de cet Etat, à défaut,

2° par la loi de l'Etat dans lequel les deux époux ont leur résidence habituelle ou avaient leur dernière résidence habituelle, pourvu que l'un d'eux ait conservé cette résidence, subsidiairement,

3° par la loi de l'Etat avec lequel les époux gardent en commun le lien le plus étroit d'une quelque autre manière.

(2) Lorsque l'un des deux époux est ressortissant de plusieurs Etats, les époux peuvent, nonobstant l'article 5, alinéa 1<sup>er</sup>, choisir la loi de l'un de ces Etats, pourvu que l'autre époux possède également cette nationalité.

(3) Les époux peuvent choisir la loi de l'Etat dont l'un d'eux est ressortissant, si les conditions de l'alinéa 1<sup>er</sup>, chiffre 1, ne sont pas remplies et que :

1° aucun des époux n'est ressortissant de l'Etat dans lequel les deux époux ont leur résidence habituelle, ou que

2° les époux n'ont pas leur résidence habituelle dans le même Etat.

Les effets de ce choix prennent fin lorsque les époux acquièrent une nationalité commune.

(4) Le choix de la loi applicable doit être fait par acte notarié. Lorsqu'il n'intervient pas sur le territoire de la République fédérale d'Allemagne, il suffit qu'il satisfasse aux conditions de forme prévues pour la conclusion d'un contrat de mariage, soit par la loi choisie, soit par la loi du lieu où le choix est intervenu.

*Article 15*  
*Régime matrimonial*

(1) Le régime matrimonial est régi par la loi qui gouverne les effets généraux du mariage lors de sa célébration.

(2) Toutefois, les époux peuvent choisir :

1° la loi de l'Etat dont l'un d'eux est ressortissant,

2° la loi de l'Etat dans lequel l'un d'eux a sa résidence habituelle, ou

3° pour des biens immobiliers, la loi du lieu de leur situation.

(3) L'article 14, alinéa 4, s'applique par analogie.

(4) Son réservées les dispositions de la loi relative au régime matrimonial des réfugiés et des victimes d'expulsions massives (Vertriebene).

.....

Article 19  
Filiation légitime

(1) La filiation légitime est régie par la loi qui, selon l'article 14, alinéa 1<sup>er</sup>, gouverne les effets généraux du mariage de la mère au moment de la naissance de l'enfant. Lorsqu'à ce moment les conjoints sont ressortissants d'Etats différents, l'enfant est aussi légitime s'il est réputé tel selon la loi de l'un de ces Etats. Lorsque le mariage est dissous avant la naissance, le moment de la dissolution est déterminant. En outre, l'enfant peut contester la légitimité selon la loi de sa résidence habituelle.

(2) Les rapports de droit existant entre parents et enfants légitimes sont régis par la loi qui, selon l'article 14, alinéa 1<sup>er</sup>, gouverne les effets généraux du mariage. Lorsque le mariage n'existe pas, il y a lieu d'appliquer la loi de la résidence habituelle de l'enfant.

(3) Lorsque le bien (das Wohl) de l'enfant est mis en péril, des mesures de protection peuvent aussi être prises conformément à la loi de sa résidence habituelle.

.....

Article 21  
Légitimation

(1) La légitimation par mariage subséquent est régie par la loi qui, selon l'article 14, alinéa 1<sup>er</sup>, gouverne les effets généraux du mariage au moment de sa célébration. Lorsque les époux sont de nationalité différente, la légitimation est aussi acquise si elle est prévue par l'une des lois nationales.

(2) La légitimation qui n'est pas le fait du mariage subséquent des père et mère est régie par la loi de l'Etat dont est ressortissant au moment de la légitimation ou, s'il est décédé auparavant, au moment du décès, celui des deux parents dont le descendant doit être l'enfant légitime.

.....

Article 25  
Succession à cause de mort

(1) La succession à cause de mort est régie par la loi de l'Etat dont le défunt était ressortissant au moment de son décès.

(2) Pour les biens immobiliers situés en République fédérale d'Allemagne, le défunt peut choisir la loi allemande dans l'une des formes des dispositions à cause de mort.

Article 26  
Dispositions à cause de mort

(1) Une disposition testamentaire, même rédigée par plusieurs personnes dans un seul et même acte, est valable quant à la forme si celle-ci répond :

1° à la loi de l'Etat dont le défunt était ressortissant, nonobstant l'article 5, alinéa 1<sup>er</sup>, soit au moment où il a disposé, soit au moment de son décès, ou

2° à la loi du lieu où le défunt a disposé, ou

3° à la loi du lieu dans lequel le défunt avait son domicile ou sa résidence habituelle, soit au moment où il a disposé, soit au moment de son décès, ou

4° pour les immeubles, à la loi du lieu de leur situation, ou

5° à la loi qui gouverne la succession à cause de mort ou à celle qui aurait été applicable au moment où il a disposé.

La question de savoir si le défunt avait un domicile dans un lieu déterminé est régie par la loi de ce même lieu.

(2) L'alinéa premier s'applique aussi aux dispositions testamentaires révoquant une disposition testamentaire antérieure. La révocation est également valable quant à la forme si elle répond à l'une des lois aux termes de laquelle, conformément à l'alinéa 1<sup>er</sup>, la disposition testamentaire révoquée était valable.

(3) Les prescriptions limitant les formes de dispositions testamentaires admises et se rattachant à l'âge, à la nationalité ou à d'autres qualités personnelles du testateur, sont considérées comme appartenant au domaine de la forme. Il en est de même des qualités que doivent posséder les témoins requis pour la validité d'une disposition testamentaire.

(4) Les alinéas 1 à 3 s'appliquent par analogie à d'autres dispositions à cause de mort.

(5) Au surplus, la validité d'une disposition à cause de mort et l'exclusion de révocation qui en résulte (*die Bindung an sie*) sont soumises à la loi qui régirait la succession au moment de la disposition. L'acquisition ou la perte du statut d'Allemand n'affecte pas la capacité de tester acquise antérieurement.

.....

#### Article 29

##### Contrats conclus par les consommateurs

(1) Dans tout contrat ayant pour objet la fourniture d'objets mobiliers corporels ou de services à une personne (le consommateur) pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, ainsi que dans les contrats destinés au financement d'une telle fourniture, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle :

1° si la conclusion du contrat a été précédée dans ce pays d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité et si le consommateur a accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat, ou

2° si le cocontractant du consommateur ou son représentant a reçu la commande du consommateur dans ce pays, ou

3° si le contrat est une vente de marchandises et que le consommateur se soit rendu de ce pays dans un autre pays et y ait passé la commande, à la condition que le voyage ait été organisé par le vendeur dans le but d'inciter le consommateur à conclure une vente.

(2) A défaut de choix, les contrats conclus par les consommateurs dans les circonstances décrites à l'alinéa 1<sup>er</sup> du présent article sont régis par la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle.

3° L'article 11, alinéas 1 à 3, ne s'applique pas aux contrats qui ont été conclus par les consommateurs dans les circonstances décrites à l'alinéa 1<sup>er</sup> du présent article. La forme de ces contrats est régie par la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle.

(4) Les alinéas précédents ne s'appliquent pas :

1° au contrat de transport ;

2° au contrat de fourniture de services lorsque les services dus au consommateur doivent être fournis exclusivement dans un pays autre que celui dans lequel il a sa résidence habituelle.

Toutefois, ils s'appliquent au contrat offrant pour un prix global des prestations combinées de transport et de logement.

#### Article 30

##### Contrat individuel de travail

(1) Dans le contrat de travail, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait applicable, à défaut de choix, en vertu de l'alinéa 2 du présent article.

(2) A défaut, le contrat de travail est régi par la loi du pays :

1° dans lequel le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail, même s'il est détaché à titre temporaire dans un autre pays, ou

2° dans lequel se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur, si le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, à moins qu'il ne résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat de travail présente des liens plus étroits avec un autre pays, auquel cas la loi de cet autre pays est applicable.

4 — Autriche

Loi fédérale du 15 juin 1978 sur le droit international privé (I.P.R.-Gesetz)

§ 21. — Filiation légitime

*Les conditions de la légitimité d'un enfant et la contestation de celle-ci sont régies par le statut personnel des époux au moment de la naissance de l'enfant ou, en cas de dissolution du mariage avant cette date, au moment de la dissolution. En cas de statut personnel différent des époux, le statut personnel applicable est celui qui est le plus favorable à la légitimité de l'enfant.*

.....

§ 25. — Filiation illégitime et effets de celle-ci

*1. Les conditions de la constatation et de la reconnaissance de la paternité d'un enfant illégitime sont régies par le statut personnel de celui-ci au moment de sa naissance. Elles sont régies cependant par un statut personnel ultérieur, si la constatation ou la reconnaissance est permise d'après celui-ci, mais non d'après le statut personnel au moment de la naissance. Le droit appliqué à la constatation ou à la reconnaissance de la paternité est applicable aussi à sa contestation.*

*2. Les effets de l'illégitimité d'un enfant sont régis par le statut personnel de celui-ci.*

*3. Les droits de la mère contre le père de l'enfant illégitime qui ont fait à la grossesse et à l'accouchement sont régis par le statut personnel de la mère.*

5 — Chine

Principes généraux du Code civil de la République populaire de Chine (Adoptés le 12 avril 1986 par la 4<sup>e</sup> session de la VI<sup>e</sup> Assemblée populaire nationale, publiés par ordre n° 37 du Président de la République populaire de Chine du 12 avril 1986, *Le Quotidien du Peuple*, 17 avril 1986).

*Art. 146. Pour les dommages-intérêts résultant d'un acte délictueux, sera appliquée la loi du lieu du délit. Lorsque les deux parties en cause possèdent la même nationalité ou ont leur résidence dans un même pays, on peut aussi appliquer la loi nationale des parties en cause ou celle du pays de leur résidence.*

*Si un acte commis à l'intérieur du domaine territorial de la République populaire de Chine n'est pas considéré comme un acte délictueux par la loi de la République populaire de Chine, cet acte ne sera pas traité comme un délit.*

6 — Hongrie

Décret-loi n° 13/1979 du Présidium de la République populaire hongroise sur le droit internationale privé.

§ 10. (1) *La capacité de jouissance et d'exercice d'une personne, de même qu'en général l'état et les droits s'attachant à la personne, sont soumis à sa loi personnelle.*

(2) *Les demandes fondées sur une atteinte aux droits s'attachant à la personne sont régies par la loi en vigueur au lieu et moment de cette atteinte ; cependant, lorsqu'en matière de dédommagement ou de réparation, le droit hongrois s'avère plus avantageux pour la personne lésée, la demande sera jugée d'après ce droit.*

.....

Responsabilité extra-contractuelle. — Enrichissement sans cause.

§ 32. (1) *Sauf disposition contraire du présent décret-loi, la responsabilité extra-contractuelle est régie par la loi en vigueur au lieu et au moment de l'activité ou de l'omission dommageable.*

(2) *Cependant, il faut appliquer la loi de l'Etat sur le territoire duquel le dommage s'est produit si cette loi est plus favorable à la personne lésée.*

(3) Lorsque les domiciles de l'auteur du dommage et de la personne lésée se trouvent sur le territoire d'un seul Etat, la loi de celui-ci devra être appliquée.

(4) Lorsqu'en vertu de la loi du lieu de l'activité ou de l'omission dommageable, la faute est la condition de la responsabilité, l'existence de l'imputabilité peut être établie soit en vertu de la loi personnelle de l'auteur du dommage, soit en vertu de la loi du lieu de la lésion.

.....

#### Le mariage et sa validité

§ 37. (1) Les conditions de fond de la validité du mariage sont soumises à la loi personnelle commune des futurs époux au moment de la célébration du mariage. Lorsque les lois personnelles des futurs époux sont distinctes au moment de la célébration du mariage, celui-ci n'est valide que si les conditions de fond sont remplies conformément à la loi personnelle de chacun des futurs époux<sup>7</sup>.

(2) Les conditions de forme de la validité de la célébration du mariage sont soumises à la loi en vigueur au lieu et au moment de la célébration du mariage.

(3) Lorsque les futurs époux sont tous les deux ressortissants hongrois, ils auront la faculté de contracter mariage à l'étranger devant la représentation diplomatique ou consulaire hongroise, dans la mesure où le Conseil des ministres a habilité celle-ci à prêter son concours à la célébration des mariages. Un tel mariage doit être considéré comme contracté en Hongrie.

(4) Les dispositions concernant la célébration du mariage et la validité de celle-ci, doivent être appliquées d'une manière correspondante à l'établissement de l'existence ou de la non-existence du mariage.

§ 41. Le droit étranger qui régit la dissolution du mariage, devra être appliqué sous réserve des dérogations suivantes :

a) Le mariage peut également être dissous lorsque le droit étranger exclut la dissolution, ou lorsque les conditions de la dissolution posées par le droit étranger ne sont pas remplies, mais que celles posées par le droit hongrois le sont.

b) Même en présence d'une cause péremptoire de dissolution déterminée par le droit étranger, il faut examiner si la communauté de vie est intégralement et irrémédiablement disloquée.

c) La dissolution du mariage ne peut être fondée sur la faute.

.....

#### Filiation

§ 42. (1) L'établissement de la paternité ou de la maternité de même que la preuve contraire à la présomption de paternité, sont régis par la loi personnelle de l'enfant au moment de sa naissance.

(2) La reconnaissance paternelle de l'enfant est régie par la loi personnelle de l'enfant à la date de la reconnaissance, tandis que la reconnaissance de l'enfant conçu mais pas encore né est soumise à la loi personnelle de la mère à la date de la reconnaissance.

(3) La reconnaissance ne peut être considérée comme non valide pour des raisons de forme, si celle-ci est valide quant à la forme soit en vertu du droit hongrois, soit en vertu de la loi en vigueur au lieu et à la date de la reconnaissance.

.....

#### Application de la loi plus favorable à l'enfant

§ 46. La filiation de l'enfant de nationalité hongroise ou qui habite en Hongrie et les rapports entre cet enfant et ses parents relevant du droit de la famille, ainsi que les obligations alimentaires envers cet enfant, sont régis par la loi hongroise, si celle-ci s'avère plus favorable à l'enfant.



fication des Conventions de Luxembourg et de la Haye sur la reconnaissance des décisions relatives au lieu conjugal et sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps (Staatsblad (Bulletin des lois) 1981, n° 166).

*Article premier*

1. *La question de savoir si, et pour quelles causes, la dissolution du mariage ou la séparation de corps peut être demandée ou requise, est tranchée :*

- a) si les parties ont un droit national commun : par ce droit-là ;*
- b) si un droit national commun fait défaut : par la loi de la résidence habituelle des parties ;*
- c) à défaut de droit national commun et de résidence habituelle dans un même pays : par le droit néerlandais.*

2. *Pour l'application de l'alinéa précédent, est assimilé à l'absence d'un droit national commun le cas où, pour l'une des parties, un lien social effectif avec le pays de la nationalité commune fait manifestement défaut. Dans ce cas-là, le droit national commun est néanmoins appliqué si les parties optent conjointement pour ce droit ou si une telle option par une des parties n'a pas été contestée.*

3. *Si une partie possède la nationalité de plus d'un pays, son droit national est censé être celui du pays dont elle a la nationalité, avec lequel — toutes circonstances considérées — elle a le lien le plus fort.*

4. *Nonobstant les alinéas précédents, le droit néerlandais est appliqué si les parties optent conjointement pour ce droit ou si une telle option par une des parties n'a pas été contestée.*

8 — Pologne

Loi du 12 novembre 1965 sur le droit international privé

Loi du 12 novembre 1965 n° 46  
du Dziennik Ustaw Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej  
(Journal officiel de la République populaire de Pologne)  
sur le droit international privé.

(Publiée le 17 novembre 1965, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1966)

*Art. 10. Lorsqu'un étranger, incapable d'agir selon sa loi nationale a accompli en Pologne un acte juridique devant produire des effets sur le territoire de celle-ci, sa capacité juridique est soumise à la loi polonaise, à condition que cet acte réponde aux principes de protection des personnes agissant de bonne foi. Cette disposition ne peut être appliquée aux actes juridiques relevant du droit de la famille et de la tutelle, ainsi que du droit des successions.*

.....

*Art. 15. § 1. La célébration du mariage est soumise à la loi de l'Etat où ce mariage est célébré.*

*§ 2. Néanmoins, si le mariage est contracté hors de Pologne, il suffit d'observer la forme exigée par les lois nationales des époux.*

9 — Portugal

Code civil approuvé par le décret-loi n° 47-344 du 25 novembre 1966,  
entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 1967

*Article 19*

*Cas où le renvoi n'est pas admis*

1. *Les dispositions des deux articles précédents sont inopérantes lorsque leur application a pour résultat l'invalidité ou l'inefficacité d'un acte juridique qui serait valable ou efficace selon la règle posée par l'article 16, ou l'illégitimité d'un état qui, autrement, serait légitime.*

2. *De même, les dispositions de ces mêmes articles sont inopérantes si la loi étrangère a été désignée par les intéressés, dans les cas où cette désignation est permise.*

.....

Article 28

*Exceptions quant aux conséquences de l'incapacité*

1. *L'acte juridique accompli au Portugal par une personne qui est incapable d'après sa loi personnelle compétente ne peut être annulé du chef de l'incapacité au cas où la loi interne portugaise, si elle était applicable, aurait considéré cette personne comme capable.*
  2. *Cette exception ne joue pas si l'autre partie avait connaissance de l'incapacité ou si l'acte juridique est unilatéral, appartient au domaine du droit de la famille ou des successions ou a trait à la disposition d'immeubles situés à l'étranger.*
  3. *Lorsque l'acte juridique a été passé par l'incapable dans un pays étranger, la loi de ce pays sera observée si elle consacre des règles identiques à celles établies dans les alinéas précédents.*
- .....

Article 31

*Détermination de la loi personnelle*

1. *La loi personnelle de l'individu est celle de sa nationalité.*
  2. *Sont néanmoins valables au Portugal les actes juridiques passés dans le pays de la résidence habituelle du déclarant conformément à la loi de ce pays, si celle-ci se considère compétente.*
- .....

Article 36

*Forme de la déclaration*

1. *La forme de la déclaration de volonté est régie par la loi applicable à la substance de l'acte ; il suffit cependant d'observer la loi en vigueur au lieu où la déclaration est faite, sauf si la loi réglant la substance de l'acte exige, sous peine de nullité ou d'inefficacité, l'observation d'une forme déterminée même si l'acte a été passé à l'étranger.*
  2. *La déclaration de volonté est encore valable quant à la forme si, au lieu de la forme prescrite par la loi locale, on a observé la forme prescrite par l'Etat que désigne la règle de conflit de cette loi sans préjudice de la disposition de la dernière partie de l'alinéa précédent.*
- .....

Article 65

*Forme*

1. *Les dispositions de dernière volonté, ainsi que leur révocation ou modification, seront valables quant à la forme si elles correspondent aux prescriptions de la loi du lieu de passation de l'acte ou à celles de la loi personnelle de l'auteur de la succession, soit au moment de la déclaration de volonté, soit au moment du décès, ou aux prescriptions de la loi à laquelle se réfère la règle de conflit de la loi locale.*
2. *Si, toutefois, la loi personnelle de l'auteur de la succession au moment de la déclaration de volonté exige, sous peine de nullité ou d'inefficacité, l'observation d'une forme déterminée même quant à l'acte passé à l'étranger, cette exigence sera respectée.*

10 — Les dispositions de droit international privé  
du nouveau Code civil du Pérou

Art. 2083. « La filiation légitime (« matrimoniale ») est soumise à la loi la plus favorable à la légitimité, d'entre celle de la célébration du mariage ou celle du domicile conjugal à l'époque de la naissance de l'enfant »

11 — Suisse

Loi fédérale sur le droit international privé (L.D.I.P.) du 18 décembre 1987  
(Feuille fédérale, 12 Janvier 1988 [1988.1.5])

Art. 15.

1. *Le droit désigné par la présente loi n'est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n'a qu'un lien très lâche avec ce droit et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit.*

2. *Cette disposition n'est pas applicable en cas d'élection de droit.*

.....

Art. 36.

1. *La partie à un acte juridique qui est incapable selon le droit de l'Etat de son domicile ne peut pas invoquer cette incapacité si elle était capable selon le droit de l'Etat où l'acte a été accompli, à moins que l'autre partie n'ait connu ou dû connaître cette incapacité.*

2. *Cette règle ne s'applique pas aux actes juridiques relevant du droit de la famille, du droit successoral ou des droits réels immobiliers.*

Art. 37.

1. *Le nom d'une personne domiciliée en Suisse est régi par le droit suisse, celui d'une personne domiciliée à l'étranger par le droit que désignent les règles de droit international privé de l'Etat dans lequel cette personne est domiciliée.*

2. *Toutefois, une personne peut demander que son nom soit régi par son droit national.*

.....

Art. 39.

*Un changement de nom intervenu à l'étranger est reconnu en Suisse s'il est valable dans l'Etat du domicile ou dans l'Etat national du requérant.*

.....

Art. 44.

1. *Les conditions de fond auxquelles est subordonnée la célébration du mariage en Suisse sont régies par le droit suisse.*

2. *Si les conditions prévues par le droit suisse ne sont pas réunies, le mariage entre étrangers peut néanmoins être délébré pour autant qu'il satisfasse aux conditions prévues par le droit national de l'un des fiancés.*

3. *La forme de la célébration du mariage en Suisse est régie par le droit suisse.*

.....

Art. 49.

*L'obligation alimentaire entre époux est régie par la convention de La Haye du 2 octobre 1973 (1) sur la loi applicable aux obligations alimentaires.*

.....

Art. 52.

1. *Le régime matrimonial est régi par le droit choisi par les époux.*

2. *Les époux peuvent choisir le droit de l'Etat dans lequel ils sont tous deux domiciliés ou seront domiciliés après la célébration du mariage, ou le droit d'un Etat dont l'un d'eux a la nationalité. l'article 21, 2<sup>e</sup> alinéa, n'est pas applicable.*

.....

Art. 54.

1. *A défaut d'élection de droit, le régime matrimonial est régi :*

a) *Par le droit de l'Etat dans lequel les deux époux sont domiciliés en même temps ou, si tel n'est pas le cas ;*

b) *Par le droit de l'Etat dans lequel, en dernier lieu, les deux époux ont été domiciliés en même temps.*

2. Si les époux n'ont jamais travaillé en même temps dans le même Etat, leur droit matrimonial commun est applicable.

3. Les époux qui n'ont jamais été domiciliés dans le même Etat et n'ont pas de nationalité commune sont soumis au régime suisse de la séparation de biens.

.....

Art. 61.

1. Le divorce et la séparation de corps sont régis par le droit suisse.

2. Toutefois, lorsque les époux ont une nationalité étrangère commune et qu'un seul est domicilié en Suisse, leur droit national commun est applicable.

3. Lorsque le droit national étranger commun ne permet pas la dissolution du mariage ou la soumet à des conditions extraordinairement sévères, le droit suisse est applicable si l'un des époux est également suisse ou si l'un d'eux réside depuis deux ans en Suisse.

4. Lorsque les tribunaux suisses du lieu d'origine sont compétents en vertu de l'article 60, ils appliquent le droit suisse.

.....

Art. 69.

1. Pour déterminer le droit applicable à l'établissement, à la constatation ou à la contestation de la filiation, on se fondera sur la date de la naissance.

2. Toutefois, en cas de contestation judiciaire de la filiation, on se fondera sur la date de l'action si un intérêt prépondérant de l'enfant l'exige.

.....

Art. 83.

1. L'obligation alimentaire entre parents et enfant est régie par la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 (1) sur la loi applicable aux obligations alimentaires.

2. Dans la mesure où les droits à l'entretien de la mère et le remboursement des dépenses occasionnées par la naissance ne sont pas réglés par ladite convention, ses dispositions s'appliquent par analogie.

.....

Art. 90.

1. La succession d'une personne qui avait son dernier domicile en Suisse est régie par le droit suisse.

2. Un étranger peut toutefois soumettre sa succession par testament ou pacte successoral au droit de l'un de ses Etats nationaux. Ce choix est caduc si, au moment de son décès, le disposant n'avait plus cette nationalité ou avait acquis la nationalité suisse.

.....

Art. 93.

1. La validité des testaments est régie quant à la forme par la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 (1) sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires.

2. Cette convention s'applique par analogie à la forme d'autres dispositions pour cause de mort.

Art. 94.

Une personne peut disposer pour cause de mort, si au moment de disposer, elle en a la capacité en vertu du droit de l'Etat de son domicile ou de sa résidence habituelle, ou en vertu du droit de l'un de ses Etats nationaux.

.....

Art. 99.

1. Les droits réels immobiliers sont régis par le droit du lieu de situation de l'immeuble.

2. Les prétentions résultant d'immissions provenant d'un immeuble sont régies par les dispositions de la présente loi relatives aux actes illicites (art. 138).

.....  
*Art. 104.*

1. *Les parties peuvent soumettre l'acquisition et la perte de droits réels immobiliers au droit de l'Etat d'expédition ou de destination ou au droit qui régit l'acte juridique de base.*
  2. *L'élection de droit n'est pas opposable aux tiers.*
- .....

*Art. 110.*

1. *Les droits de la propriété intellectuelle sont régis par le droit de l'Etat pour lequel la protection de la propriété intellectuelle est revendiquée.*
  2. *En ce qui concerne les prétentions consécutives à un acte illicite, les parties peuvent toujours convenir, après l'événement dommageable, de l'application du droit de for.*
  3. *Les contrats portant sur la propriété intellectuelle sont régis par les dispositions de la présente loi relatives aux contrats (art. 1227).*
- .....

*Art. 116.*

1. *Le contrat est régi par le droit choisi par les parties.*
2. *L'élection de droit doit être expresse ou ressortir de façon certaine des dispositions du contrats ou des circonstances, en outre, elle est régie par le droit choisi.*
3. *L'élection de droit peut être faite ou modifiée en tout temps. Si elle est postérieure à la conclusion du contrat, elle rétroagit au moment de la conclusion du contrat. Les droits des tiers sont réservés.*

*Art. 117.*

1. *A défaut d'élection de droit, le contrat est régi par le droit de l'Etat avec lequel il présente les liens les plus étroits.*
  2. *Ces liens sont réputés exister avec l'Etat dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle ou, si le contrat est conclu dans l'exercice d'une activité professionnelle ou commerciale, son établissement.*
  3. *Par prestation caractéristique, on entend notamment :*
    - a) *La prestation de l'aliénateur, dans les contrats d'aliénation ;*
    - b) *La prestation de la partie qui confère l'usage, dans les contrats portant sur l'usage d'une chose ou d'un droit ;*
    - c) *La prestation de service dans le mandat, le contrat d'entreprise et d'autres contrats de prestation de service ;*
    - d) *La prestation du dépositaire, dans le contrat de dépôt ;*
    - e) *La prestation du garant ou de la caution, dans les contrats de garantie ou de cautionnement.*
- .....

*Art. 121.*

1. *Le contrat de travail est régi par le droit de l'Etat dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail.*
  2. *Si le travailleur accomplit habituellement son travail sans plusieurs Etats, le contrat de travail est régi par le droit de l'Etat de l'établissement ou, à défaut d'établissement, du domicile ou de la résidence habituelle de l'employeur.*
  3. *Les parties peuvent soumettre le contrat de travail au droit de l'Etat dans lequel le travailleur a sa résidence habituelle ou dans lequel l'employeur a son établissement, son domicile ou sa résidence habituelle.*
- .....

Art. 124.

1. Le contrat est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions fixées par le droit applicable au contrat ou par le droit du lieu de conclusion.

2. La forme d'un contrat conclu entre personnes qui se trouvent dans les Etats différents est valable si elle satisfait aux conditions fixées par le droit de l'un de ces Etats.

3. La forme du contrat est exclusivement régie par le droit applicable au contrat lui-même lorsque, pour protéger une partie, ce droit prescrit le respect d'une forme déterminée, à moins que ce droit n'admette l'application d'un autre droit.

.....

Art. 128.

1. Les prétentions pour cause d'enrichissement illégitime sont régies par le droit qui régit le rapport juridique, existant ou supposé, en vertu duquel l'enrichissement s'est produit.

2. A défaut d'un tel rapport, ces prétentions sont régies par le droit de l'Etat dans lequel l'enrichissement s'est produit, les parties peuvent convenir de l'application de la loi du for.

.....

Art. 132.

Les parties peuvent, après l'événement dommageable, convenir à tout moment de l'application du droit du for.

Art. 133.

1. Lorsque l'auteur et le lésé ont leur résidence habituelle dans le même Etat, les prétentions fondées sur un acte illicite sont régies par le droit de cet Etat.

2. Lorsque l'auteur et le lésé n'ont pas de résidence habituelle dans le même Etat, ces prétentions sont régies par le droit de l'Etat dans lequel l'acte illicite a été commis. Toutefois, si le résultat s'est produit dans un autre Etat, le droit de cet Etat est applicable si l'auteur devait prévoir que le résultat s'y produirait.

3. Nonobstant les alinéas précédents, lorsqu'un acte illicite viole un rapport juridique existant entre auteur et lésé, les prétentions fondées sur cet acte sont régies par le droit applicable à ce rapport juridique.

.....

Art. 134.

Les prétentions résultant d'accidents de la circulation routière sont régies par la Convention de La Haye du 4 mai 1971 (1) sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière.

Art. 135.

1. Les prétentions fondées sur un défaut ou une description défectueuse d'un produit sont régies aux choix du lésé :

a) Par le droit de l'Etat dans lequel l'auteur a son établissement, ou a défaut d'établissement, sa résidence habituelle ;

b) Par le droit de l'Etat dans lequel le produit a été acquis, sauf si l'auteur prouve que le produit a été commercialisé dans cet Etat sans son consentement.

2. Si des prétentions fondées sur un défaut ou une description défectueuse d'un produit sont régies par le droit étranger, on ne peut en Suisse accorder d'autres indemnités que celles qui seraient allouées pour un tel dommage en vertu du droit suisse.

.....

Art. 138.

Les prétentions résultant des immissions dommageables provenant d'un immeuble sont régies, au choix du lésé, par le droit de l'Etat dans lequel l'immeuble est situé ou par le droit de l'Etat dans lequel le résultat s'est produit.

*Art. 139.*

1. *Les prétentions fondées sur une atteinte à la personnalité par les médias, notamment par le voie de la presse, de la radio, de la télévision ou de tout autre moyen public d'information, sont régies au choix du lésé ;*

a) *Par le droit de l'Etat dans lequel le lésé a sa résidence habituelle, pour autant que l'auteur du dommage ait dû s'attendre à ce que le résultat se produise dans cet Etat.*

b) *Par le droit de l'Etat dans lequel l'auteur de l'atteinte a son établissement ou sa résidence habituelle, ou*

b) *Par le droit de l'Etat dans lequel le résultat de l'atteinte se produit, pour autant que l'auteur du dommage ait dû s'attendre à ce que le résultat se produise dans cet Etat.*

2. *Le droit de réponse à l'encontre de médias à caractère périodique est exclusivement régi par le droit de l'Etat dans lequel la publication a paru ou l'émission a été diffusée.*

.....

*Art. 156.*

*Les prétentions qui dérivent de l'émission de titres de participation et d'emprunts au moyen de prospectus, circulaires ou autres publications analogues, sont régies par le droit applicable à la société, soit par le droit de l'Etat d'émission.*

12 — Yougoslavie

Loi du 15 juillet 1982 sur les solutions des conflits de lois avec les dispositions des autres Etats dans le domaine de certains rapports \* (J.O., de la République socialiste fédérative de Yougoslavie, Sluzbeni list, 23 juillet 1982, n° 43-525/1982).

*Article 28*

1) *Sauf disposition contraire dans des cas particuliers, la responsabilité extra-contractuelle est régie par celui qui est le plus favorable à la victime des droits du lieu où le fait dommageable s'est produit ou de celui où les effets se sont réalisés.*

.....

*Article 35*

1) *Le divorce est régi par le droit de l'Etat dont les époux sont tous les deux ressortissants au moment de l'introduction de l'action.*

2) *Si au moment de l'introduction de l'action, les époux sont ressortissants d'Etats différents, le divorce est régi cumulativement par le droit des Etats dont ils sont ressortissants.*

3) *Si le mariage ne peut pas être dissous par l'un des droits indiqués à l'alinéa 2 du présent article, le divorce est régi par le droit de la R.S.F.Y. si l'un des époux avait au moment de l'introduction de l'action son domicile dans la R.S.F.Y.*

4) *Si l'un des époux est ressortissant de la R.S.F.Y. mais n'y a pas son domicile et si le divorce ne peut être prononcé par application de l'un des droits indiqués à l'alinéa 2 du présent article, le divorce est régi par le droit de la R.S.F.Y.*

*Article 43*

1) *La légitimation de l'enfant est régie par le droit de l'Etat dont les parents sont ressortissants ; mais si les parents ne sont pas ressortissants du même Etat, est applicable le droit de l'Etat du parent selon lequel la légitimation est considérée comme valide.*

2) *Si d'après le droit indiqué à l'alinéa 1<sup>er</sup> du présent article, les conditions de la légitimation ne sont pas remplies et si les parents et l'enfant ont leur domicile dans la R.S.F.Y., est applicable le droit de la R.S.F.Y.*

3) *Le consentement de l'enfant, d'une autre personne ou d'une autorité est régi par le droit de l'Etat dont l'enfant est le ressortissant.*

## **B — Dispositions conventionnelles et résolutions de l'Institut de droit international**

### *a) Conventions de la Haye*

#### **1 — Convention sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires (Conclue le 5 octobre 1961)**

Les Etats signataires de la présente Convention,  
Désirant établir des règles communes de solution des conflits de lois en matière de forme  
des dispositions testamentaires,  
Ont résolu de conclure une Convention à cet effet et sont convenus des dispositions  
suivantes :

##### *Article premier*

*Une disposition testamentaire est valable quant à la forme si celle-ci répond à la loi interne :*

- a) du lieu où le testateur a disposé, ou*
- b) d'une nationalité possédée par le testateur, soit au moment où il a disposé, soit au moment de son décès, ou*
- c) d'un lieu dans lequel le testateur avait son domicile, soit au moment où il a disposé, soit au moment de son décès, ou*
- d) du lieu dans lequel le testateur avait sa résidence habituelle, soit au moment où il a disposé, soit au moment de son décès, ou*
- e) pour les immeubles, du lieu de leur situation.*

*Au fins de la présente Convention, si la loi nationale consiste en un système non unifié, la loi applicable est déterminée par les règles en vigueur dans ce système et, à défaut de telles règles, par le lien le plus effectif qu'avait le testateur avec l'une des législations composant ce système.*

*La question de savoir si le testateur avait un domicile dans un lieu déterminé est régie par la loi de ce même lieu.*

#### **2 — Convention sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière (Conclue le 4 mai 1971)**

Les Etats signataires de la présente Convention,  
Désirant établir des dispositions communes concernant la loi applicable à la responsabilité civile extra-contractuelle en matière d'accidents de la circulation routière,  
Ont résolu de conclure une Convention à cet effet et sont convenus des dispositions  
suivantes :

##### *Article 9*

*Les personnes lésées ont le droit d'agir directement contre l'assureur du responsable, si un tel droit leur est reconnu par la loi applicable en vertu des articles 3, 4 ou 5.*

*Si la loi de l'Etat d'immatriculation, applicable en vertu des articles 4 ou 5, ne connaît pas ce droit, il peut néanmoins être exercé s'il est admis par la loi interne de l'Etat sur le territoire duquel l'accident est survenu.*

*Si aucune de ces lois ne connaît ce droit, il peut être exercé s'il est admis par la loi du contrat d'assurance.*



3 — Convention sur la loi applicable à la  
responsabilité du fait des produits

(Conclue le 2 octobre 1973)

Les Etats signataires de la présente Convention,  
Désirant établir des dispositions communes concernant la loi applicable, dans les relations internationales, à la responsabilité du fait des produits,  
Ont résolu de conclure une Convention à cet effet et sont convenus des dispositions suivantes :

*Article 6*

*Quand aucune des lois désignées aux articles 4 et 5 ne s'applique, la loi applicable est la loi interne de l'Etat du principal établissement de la personne dont la responsabilité est invoquée, à moins que le demandeur ne se fonde sur la loi interne de l'Etat sur le territoire duquel le fait dommageable s'est produit.*

4 — Convention sur la loi applicable aux obligations alimentaires

(Conclue le 2 octobre 1973)

Les Etats signataires de la présente Convention,  
Désirant établir des dispositions communes concernant la loi applicable aux obligations alimentaires envers les adultes,  
Désirant coordonner ces dispositions et celles de la Convention du 24 octobre 1956 sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants,  
Ont résolu de conclure une Convention à cet effet et sont convenus des dispositions suivantes :

CHAPITRE II — LOI APPLICABLE

*Article 4*

*La loi interne de la résidence habituelle du créancier d'aliments régit les obligations alimentaires visées à l'article premier.*

*En cas de changement de la résidence habituelle du créancier, la loi interne de la nouvelle résidence habituelle s'applique à partir du moment où le changement est survenu.*

*Article 5*

*La loi nationale commune s'applique lorsque le créancier ne peut obtenir d'aliments du débiteur en vertu de la loi visée à l'article 4.*

*Article 6*

*La loi interne de l'autorité saisie s'applique lorsque le créancier ne peut obtenir d'aliments du débiteur en vertu des lois visées aux articles 4 et 5.*

*b) Convention de la communauté économique européenne*

CONVENTION  
SUR LA LOI APPLICABLE AUX OBLIGATIONS CONTRACTUELLES  
ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980  
(80/934/C.E.E.)

PREAMBULE

LES HAUTES PARTIES CONTRACTANTES au traité instituant la Communauté économique européenne,  
SOUCIEUSES de poursuivre, dans le domaine du droit international privé, l'œuvre d'unification juridique déjà entreprise dans la Communauté, notamment en matière de compétence judiciaire et d'exécution des jugements,  
DESIRANT établir des règles uniformes concernant la loi applicable aux obligations contractuelles,  
SONT CONVENUES DES DISPOSITIONS QUI SUIVENT :

## Article 5

### Contrats conclus par les consommateurs

1. Le présent article s'applique aux contrats ayant pour objet la fourniture d'objets mobiliers corporels ou de services à une personne, le consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, ainsi qu'aux contrats destinés au financement d'une telle fourniture.

2. Nonobstant les dispositions de l'article 3, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle :

- si la conclusion du contrat a été précédée dans ce pays d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité, et si le consommateur a accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat, ou
- si le cocontractant du consommateur ou son représentant a reçu la commande du consommateur dans ce pays, ou
- si le contrat est une vente de marchandises et que le consommateur se soit rendu de ce pays dans un pays étranger et y ait passé la commande, à la condition que le voyage ait été organisé par le vendeur dans le but d'inciter le consommateur à conclure une vente.

3. Nonobstant les dispositions de l'article 4 et à défaut de choix exercé conformément à l'article 3, ces contrats sont régis par la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, s'ils sont intervenus dans les circonstances décrites au paragraphe 2 du présent article.

4. Le présent article ne s'applique pas :

- a) au contrat de transport,
- b) au contrat de fourniture de services lorsque les services dus au consommateur doivent être fournis exclusivement dans un pays autre que celui dans lequel il a sa résidence habituelle.

5. Nonobstant les dispositions du paragraphe 4, le présent article s'applique au contrat offrant pour un prix global des prestations combinées de transport et de logement.

## Article 6

### Contrat individuel de travail

1. Nonobstant les dispositions de l'article 3, dans le contrat de travail, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection qui lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait applicable, à défaut de choix, en vertu du paragraphe 2 du présent article.

2. Nonobstant les dispositions de l'article 4 et à défaut de choix exercé conformément à l'article 3, le contrat de travail est régi :

- a) par la loi du pays où le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail, même s'il est détaché à titre temporaire dans un autre pays, ou
- b) si le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, par la loi du pays où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur, à moins qu'il ne résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat de travail présente des liens plus étroits avec un autre pays, auquel cas la loi de cet autre pays est applicable.

.....

## Article 9

### Forme

1. Un contrat conclu entre des personnes qui se trouvent dans un même pays est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui le régit au fond en vertu de la présente convention ou de la loi du pays dans lequel il a été conclu.

2. Un contrat conclu entre des personnes qui se trouvent dans des pays différents est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui le régit au fond en vertu de la présente convention ou de la loi de l'un de ces pays.

3. Lorsque le contrat est conclu par un représentant, le pays où le représentant se trouve au moment où il agit est celui qui doit être pris en considération pour l'application des paragraphes 1 et 2.

4. Un acte juridique unilatéral relatif à un contrat conclu ou à conclure est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui régit ou régirait au fond le contrat en vertu de la présente convention ou de la loi du pays dans lequel cet acte est intervenu.

5. Les dispositions des paragraphes précédents ne s'appliquent pas aux contrats qui entrent dans le champ d'application de l'article 5 conclus dans les circonstances qui y sont décrites au paragraphe 2. La forme de ces contrats est régie par la loi du pays dans lequel le consommateur à sa résidence habituelle.

6. Nonobstant les dispositions des quatre premiers paragraphes du présent article, tout contrat ayant pour objet un droit réel immobilier ou un droit d'utilisation d'un immeuble est soumis aux règles de forme impératives de la loi du pays où l'immeuble est situé, pour autant que selon cette loi elles s'appliquent indépendamment du lieu de conclusion du contrat et de la loi le régissant au fond.

c) *Convention de la C.I.E.C.*

CONVENTION  
SUR LA LEGITIMATION PAR MARIAGE  
SIGNÉE A ROME LE 10 SEPTEMBRE 1970

Les Etats signataires de la présente Convention, membres de la Commission internationale de l'état civil, désireux de favoriser par l'adoption de règles uniformes la légitimation des enfants naturels ainsi que la reconnaissance et la publicité des légitimation intervenues à l'étranger, sont convenus des dispositions suivantes :

TITRE PREMIER

Article premier

Lorsque, selon les dispositions de droit interne de la loi nationale du père ou de la mère, le mariage de ceux-ci a pour conséquence la légitimation d'un enfant naturel, cette légitimation est valable dans les Etats contractants.

Cette règle s'applique tant aux légitimations résultant de la seule célébration du mariage qu'aux légitimations constatées ultérieurement par une décision judiciaire.

Article 2

Toutefois lors de la signature de la notification prévue à l'article 11 ou de l'adhésion, chaque Etat contractant pourra se réserver le droit de ne pas tenir la légitimation pour valable :

- a) S'il est établi que l'enfant n'est pas né de ceux qui l'ont légitimé ;
- b) Si sa loi ne reconnaît pas la validité du mariage célébré sur son territoire ;
- c) Si la loi ne reconnaît pas la validité du mariage de son ressortissant ;
- d) Ou si l'enfant né d'un de ses ressortissants est adultérin à l'égard de celui-ci.

Ce droit ne pourra pas être exercé dans le cas où la loi interne de cet Etat n'interdirait pas une telle légitimation.

d) *Résolutions de l'Institut de droit international*

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL

1 — RESOLUTION ADOPTÉE PAR L'INSTITUT A LA SESSION DE DIJON  
25 août — 3 septembre 1981

1. — LE PROBLEME INTERTEMPOREL EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE  
Rapporteur : M.H. Graveson

L'Institut de Droit international,  
Rappelant la résolution sur le problème intertemporel en droit international public adoptée à sa session de Wiesbaden de 1975,

Notant que certains problèmes intertemporels existant en droit international privé diffèrent de ceux qui se posent en droit international public,

Considérant qu'il est par conséquent souhaitable de proposer des solutions appropriées pour résoudre le problème intertemporel dans les systèmes de droit international privé en général,

Considérant que l'application des principes suivants facilitera l'obtention de solutions justes et équitables,

# I

Adopte la présente résolution :

1. L'effet dans le temps de la modification d'une règle de droit international privé est déterminé par le système de droit auquel cette règle appartient.

2. L'effet dans le temps de changements dans les faits qui constituent le fondement de la compétence juridictionnelle ou du choix du droit applicable, que ces changements résultent de l'action d'une personne physique ou morale ou de celle d'une autorité législative, juridictionnelle ou exécutive, est déterminé comme suit :

a) Les changements intervenant en cours de procédure dans les faits qui constituent le fondement de la compétence juridictionnelle ne privent pas la juridiction de sa compétence et n'affectent normalement pas la reconnaissance ou l'exécution de ses décisions dans d'autres Etats ;

b) En cas de changements dans les faits qui constituent le fondement du choix du droit applicable, le droit qui s'applique est, parmi ceux qui entrent en considération, celui dont l'application correspond le plus étroitement aux objectifs du système de conflits des lois du for.

3. L'effet dans le temps d'un changement dans le droit applicable est déterminé par ce droit.

4. La pertinence juridique de faits survenant avant ou après l'événement juridiquement décisif est déterminée par le droit applicable, sauf dans la mesure où ces faits sont pertinents aux fins de la détermination de la compétence juridictionnelle ou du choix du droit applicable.

5. L'effet de dispositions juridiques rétroactives, qu'elles soient d'origine législative, réglementaire ou jurisprudentielle, devrait normalement être déterminé par référence au système de droit d'où elles sont issues.

6. En particulier, lorsqu'il s'agit de situations juridiques continues concernant le statut personnel, les droits réels ou les obligations, le statut personnel établi et les droits acquis avant la survenance d'une modification du droit en la matière devraient être protégés dans toute la mesure du possible.

7. Chaque fois que, à l'occasion d'un règlement du conflit dans le temps, les effets d'une situation juridique peuvent être soumis à un droit différent de celui qui s'applique aux conditions de formation de cette situation, la solution retenue devrait prendre en considération la nécessité d'assurer la continuité et la cohérence du régime d'ensemble de la situation dont il s'agit.

## Résolution adoptée par l'Institut à sa session du Caire La dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé

(15<sup>e</sup> Commission)

L'Institut de droit international,

Considérant que la dualité des principes de nationalité et de domicile demeure une problème important du droit international privé ;

Considérant le caractère relatif des avantages et des inconvénients de chacun de ces critères et l'inopportunité de préconiser l'adoption d'une règle de conflit fondée exclusivement sur l'un des deux ;

Considérant qu'il serait donc utile de formuler des principes de nature susciter une certaine harmonisation des règles de conflit en vigueur dans les différents Etats ;

Adopte la résolution suivante :

A. — Conflits de juridictions.

1. Il est recommandé aux Etats qui ont des règles de compétence internationale fondées sur la nationalité de ne pas leur attribuer le caractère de règles de compétence exclusive.

2. Il est recommandé aux Etats qui soumettent une matière, les uns à la loi nationale, les autres à la loi du domicile, et qui subordonnent la reconnaissance d'une décision étrangère à la condition qu'elle ait été rendue par référence à la loi désignée par leur propre règle de conflit, de ne pas maintenir cette exigence lorsqu'ils sont appelés à reconnaître une décision rendue par référence à la loi nationale ou à la loi du domicile.

B. — Conflits de lois

3. En matière de régimes matrimoniaux, il est recommandé aux Etats, dont la règle de conflit est fondée sur un rattachement objectif, d'offrir aux époux une option entre la loi de la nationalité et la loi du domicile de l'un d'entre eux.

4. En matière de successions, il est recommandé aux Etats de permettre que toute personne puisse, dans ses dispositions de dernière volonté, soumettre la dévolution de ses biens soit à sa loi nationale soit à la loi de son domicile.

5. En matière d'effets personnels du mariage, de divorce et de séparation de corps, il est recommandé aux Etats d'offrir aux époux une option entre la loi nationale et la loi du domicile, lorsqu'ils ont une nationalité commune et un domicile commun, dans les cas où l'Etat national est différent de l'Etat où est situé le domicile.

6. En ce qui concerne le statut personnel des réfugiés et des apatrides, il est recommandé aux Etats qui ne sont pas parties à la Convention de Genève du 28 juillet 1951 sur le statut des réfugiés ou à la Convention de New York du 28 septembre 1954 sur le statut des apatrides d'adopter les solutions retenues par l'article 12 de chacune de ces deux conventions.

Il est souhaitable que les Etats étendent ces solutions à certaines catégories de personnes dont la situation est similaire mais qui ne peuvent se prévaloir de la qualité de réfugié ou d'apatride telle qu'elle est définie par ces conventions.

7. En cas de conflit des lois personnelles, il est recommandé :

a) aux Etats dont la règle de conflit donne compétence à la loi nationale, d'appliquer la loi du domicile commun lorsque les différentes personnes impliquées dans le rapport de droit considéré sont de nationalité différente et qu'il n'existe pas de raison valable de faire prévaloir l'une des lois nationales ;

b) aux Etats dont la règle de conflit donne compétence à la loi du domicile, d'appliquer la loi nationale commune, lorsque les différentes personnes impliquées dans le rapport de droit considéré n'ont pas de domicile commun et qu'il n'existe pas de raison valable de faire prévaloir la loi de l'un des domiciles.

(19 septembre 1987)

### III — Bibliographie

#### I — OUVRAGES DE L'ANCIEN DROIT

- D'ARGENTRE. — *Commentarii in patrias britonum leges sen consuetudines generales antiquissimi ducatus britanniæ* (De statutis personalibus et realibus, glose sous l'article 218 de la coutume de Bretagne), Paris, 1646.
- BOUHIER. — *Observations sur la coutume du Duché de Bourgogne*, Dijon, 1787-1788, 2 vol.
- BOULLENOIS. — *Dissertations sur des questions qui naissent de la contrariété des lois et des coutumes*, Paris, 1732.  
*Traité de la personnalité et de la réalité des lois, coutumes et statuts*, Paris, 1766, 2 vol.
- BRILLON. — *Dictionnaire des arrêts*, 6 vol., Paris, 1727.
- FROLAND. — *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts*, 2 vol., Paris, 1729.
- LOYSEL. — *Institutes coutumières*, 1<sup>re</sup> éd., 1646 ; nouvelle éd., Paris, 1846, 2 vol.
- PELEUS. — *Les questions illustres*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1608.

#### II — OUVRAGES GENERAUX

- AGO. — *Teoria del diritto internazionale privato*, Padoue, 1934.  
— « Règles générales des conflits de lois », *Rec. Cours* 1936-IV, t. 58, p. 243 et s.
- AGUILAR NAVARRO. — *Derecho internacional privado*, 2 vol., Madrid, 1979.
- ARMINJON (P.). — *Précis de droit international privé*, Paris, 3 vol. ; tome 1 (1947), tome 2 (1952), tome 3 (1958).
- ARMINJON, WOLFF et NOLDE. — *Traité de droit comparé*, 3 vol., Paris, 1950.
- ATIAS (Chr.). — *Droit civil, Les Biens*, Paris, 1980.
- AUDINET (E.). — *Principes élémentaires de droit international privé*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1906.
- AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariæ*, 12 vol. ; tome 2, 6<sup>e</sup> éd. par Bartin, 1935 ; tome IV, 6<sup>e</sup> éd., par Rau et Falcimaigne ; tome VI, 5<sup>e</sup> éd. par Bartin, 1920 ; 7<sup>e</sup> éd. par Dejean de la Bâtie, 1975 ; tome VIII, 7<sup>e</sup> éd. par Ponsard, 1973.
- BARTIN (Et.). — *Etudes de droit international privé*, Paris, 1899.  
*Principes de droit international privé*, 3 vol., Paris, 1931-1935.
- BATIFFOL (H.) et LAGARDE (P.). — *Droit international privé*, 2 vol., Paris, tome 1 (7<sup>e</sup> éd.), 1981, tome 2 (7<sup>e</sup> éd.), 1983.
- BATIFFOL. — *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, 1956.  
— « Principes de droit international privé », *Rec. Cours* 1959-II, t. 97, p. 430 et s.  
— « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *Rec. Cours* 1973-II, t. 139, p. 75 et s.
- BRIMO. — *Les grands courants de la philosophie du droit*, Paris, 1975, 2<sup>e</sup> éd.

- CARBONNIER. — *Droit civil*, 4 vol., 10<sup>e</sup> éd., Paris, 1979.  
— *Sociologie juridique*, Paris, 1978.
- CASTEL. — *Droit international privé québécois*, Toronto, 1980.
- CAVERS. — *The Choice of Law Process*, Ann Arbor, 1965.
- CHEATHAM. — « Problems and methods in Conflict of Laws », *Rec. Cours* 1960-I, t. 99, p. 237 et s.
- CHESHIRE. — *Private International Law*, Londres, 1974, 9<sup>e</sup> éd. par North.
- DAVID (R.) — *Les grands systèmes de droit contemporains*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, 1978.
- DICEY et MORRIS. — *The Conflict of Laws*, Londres, 9<sup>e</sup> éd., 1973.
- EHRENZWEIG (A.) — *Treatise on the Conflict of Laws*, St. Paul, 1962.  
— *Private International Law*, 2 vol., New York, 1972.
- EVRIENIS. — « Tendances doctrinales actuelles en droit international privé », *Rec. Cours* 1966-II, t. 118, p. 313 et s.
- FALCONBRIDGE. — *Essays on the conflict of laws*, Toronto, 1947.
- FASSÓ (G.) — *Histoire de la philosophie du droit*, Paris, 1976.
- FOELIX. — *Traité de droit international privé*, 2 vol., Paris, 1866, (4<sup>e</sup> éd. par Demangeot).
- GENY. — *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2 vol., Paris, 1919, 2<sup>e</sup> éd.
- GHESTIN. — *Traité de droit civil*, 4 vol., Paris, 1977-1982.
- GRAULICH. — *Principes de droit international privé. Conflit de lois, conflit de juridictions*, Paris, 1961.  
— *Introduction à l'étude du droit international privé*, Liège, 1978.
- GUTZWILLER (M.) — « Le développement historique du droit international privé », *Rec. Cours* 1929-IV, t. 29, p. 287 et s.
- HANOTIAU (B.) — *Le droit international privé américain*, Paris-Bruxelles, 1979.
- Van HECKE. — « Principes et méthodes de solution des conflits de lois », *Rec. Cours* 1969-I, t. 129, p. 399 et s.
- HOLLEAUX, FOYER, LAPRADELLE. — *Droit international privé*, Paris, 1987.
- JITTA (D.J.). — *La méthode du droit international privé*, La Haye, 1890.  
*La substance des obligations dans le droit international privé*, 2 vol., La Haye, 1907.
- JOSSERAND (L.). — *Cours de droit civil français*, 3 vol., 3<sup>e</sup> éd., Paris, 1938-1940.
- KAHN-FREUND. — « General Problems of Private International Law », *Rec. Cours* 1974-III, t. 143, p. 139 et s.
- KEGEL. — *Internationales Privatrecht*, 2<sup>e</sup> éd., 1964, 3<sup>e</sup> éd., 1971, Berlin und München.  
— « The Crisis of Conflict of Laws », *Rec. Cours* 1964-II, t. 112, p. 91 et s.
- LAINE (F.). — *Introduction au droit international privé*, 2 vol., Paris, 1892.
- LAURENT (F.). — *Droit civil international*, 8 vol., Bruxelles-Paris, 1880-1881.
- LEFLAR. — *American Conflicts Law*, 2<sup>e</sup> éd., Indianapolis, 1968.
- LEREBOURS-PIGEONNIERE. — *Précis de droit international privé*, Paris, 3<sup>e</sup> éd., 1937.
- LEWALD (H.) — « Règles générales des conflits de lois », *Rec. Cours* 1939-III, t. 69, p. 1 et s.
- LOUSSOUARN. — « Cours général de droit international privé », *Rec. Cours* 1973-II, t. 139, p. 271 et s.
- LOUSSOUARN et BOUREL. — *Droit international privé*, Paris, 1<sup>e</sup> éd., 1978, 2<sup>e</sup> éd., 1980.
- MAKAROV. — « Règles générales du droit de la nationalité », *Rec. Cours* 1949-I, t. 74, p. 269 et s.
- MARIDAKIS. — « Introduction au droit international privé », *Rec. Cours* 1962-I, t. 105, p. 375 et s.
- MAURY. — « Règles générales des conflits de lois », *Rec. Cours* 1936-III, t. 57, p. 325 et s.

- MAYER, P. — *Droit international privé*, 1<sup>e</sup> éd., Paris, 1978, 2<sup>e</sup> éd., 1983.
- MELCHIOR. — *Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts*, Berlin und Leipzig, 1932.
- MENGOZZI, P. — *Diritto internazionale privato italiano*, Turin, 1983.
- MIAJA DE LA MUELA. — *Derecho internacional privado*, 2 vol., Madrid, 1969, 5<sup>e</sup> éd.
- NIBOYET (J.P.). — *Traité de droit international privé français*, 6 vol., tome 1 (2<sup>e</sup> éd.), 1947 ; tome 2 (2<sup>e</sup> éd.) 1951 ; tome 3, 1944 ; tome 4, 1947 ; tome 5, 1948 ; tome 6-1, 1949, tome 6-2, 1950 ; *Tables*, 1960, par Baudin, sous la direction de M. Francescakis.  
*Cours de droit international privé*, Paris, 2<sup>e</sup> éd., 1949.
- NOLDE. — « La codification du droit international privé », *Rec. Cours* 1936-I, t. 55, p. 299 et s.
- De NOVA. — « Historical and Comparative Introduction to Conflict of Laws », *Rec. Cours* 1966-II, t. 118, p. 435 et s.
- Von OVERBECK. — « Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents (Cours général) », *Rec. Cours* 1982-III, p. 1 et s.
- PILLET (A.). — *Principes de droit international privé*, Paris-Grenoble, 1903.  
*Traité pratique de droit international privé*, 2 vol., Paris, 1924.
- PILLET (A.) et NIBOYET (J.P.). — *Manuel de droit international privé*, Paris, 1924, 2<sup>e</sup> éd., 1928, par Niboyet.
- QUADRI. — *Lezioni di diritto internazionale privato*, 5<sup>e</sup> éd., Naples, 1969.
- RAAPE et STURM. — *Internationales Privatrecht*, 6<sup>e</sup> éd., München, 1977.
- RABEL. — *The Conflict of Laws - A comparative study*, 4 vol. (t. 1 et 2, 2<sup>e</sup> éd., Ann Arbor, 1958-1960, t. 3 et 4, 1<sup>e</sup> éd., Chicago, 1950-1958).
- RIAD (F.) et RACHED (S.). — « *Traité de droit international privé* », (en arabe), 2 vol., Le Caire, 1974.
- RIGAUX (F.). — *Droit international privé*, Précis, Bruxelles, 1968.  
*Droit international privé*, Bruxelles, tome 1, 1977.
- RODIÈRE. — *Introduction au droit comparé*, Paris, 1979.  
— *Droit maritime, Le Navire*, Paris, 1980.
- ROLIN (A.). — *Principes de droit international privé*, 3 vol., Paris, 1897.
- SAVIGNY. — *System des heutigen römischen Rechts*, 1849 ;  
— *Traité de droit romain*, traduction française de Guénoux, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1860, t. VIII.
- SCHWIMANN. — *Grundriss des internationalen Privatrechts* (Mit besonderer Berücksichtigung der I.P.R.-Staatsverträge), Vienne, 1982.
- SCHWIND. — *Handbuch des österreichischen internationalen Privatrechts*, Wien et New York, 1975.
- SOSNIAK. — *Précis de droit international privé polonais*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk, 1976.
- SZASZY. — *International Civil Procedure*, Leyden, 1967.  
— « Private international law in Socialist countries », *Rec. Cours* 1964-I, t. III, p. 163 et s.
- TYAN (E.). — *Droit international privé*, Beyrouth, 2<sup>e</sup> éd., 1974.
- VALÉRY (J.). — *Manuel de droit international privé*, Paris, 1914.
- VAREILLES-SOMMIÈRE (de). — *La synthèse du droit international privé*, 2 vol., Paris, 1897, (éd. Cujas, 1972).
- VISCHER (Fr.). — *Droit international privé*, Fribourg, 1974.
- WEILL (A.). — *Droit civil, Les Biens*, Précis, Dalloz, 1974.
- WEISS (A.). — *Traité théorique et pratique de droit international privé*, 6 vol., 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1907-1913.



WENGLER. — « The general principles of Private International Law », *Rec. Cours* 1961-III, t. 104, p. 273 et s.

De YANGUAS MESSIA. — *Derecho internacional privado*, 2 vol., Madrid, 1971, 3<sup>e</sup> éd. *Jurisclasser de droit international*, sous la direction de B. GOLDMAN, mise à jour permanente.

*Répertoire de droit international*, sous la direction de Ph. FRANCESCOAKIS, 2 vol., Paris, 1968-1969.

*Répertoire La Pradelle et Niboyet*, 10 vol., supplément, 1934.

*Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, par B. ANCEL et Y. LEQUETTE, Paris, 1987.

### III — OUVRAGES SPECIAUX, THESES, MONOGRAPHIES, COURS

AGOSTINI (E.). — *L'application des règles de conflit étrangères et les conflits de systèmes en droit international privé*, thèse, mult., Bordeaux I, 1975.

AGUILAR BENITEZ DE LUGO et ZAMORA CABOT. — « Anotaciones a los recientes textos centroeuropeos de derecho internacional privado », *Revista española de derecho internacional* 1980.97 et s., 1981.75 et s.

ALEXANDRE (D.). — « Les pouvoirs du juge de l'exequatur », Paris, *L.G.D.J.*, 1970. « Sur la possibilité d'obtenir le divorce en France lorsqu'un jugement a déjà été rendu à l'étranger à propos du divorce », *Rev. crit. dr. int. pr.* 1983, 597.

ANCEL (B.) — « L'objet de la qualification », *Clunet* 1980, p. 229 et s.  
— *Les conflits de qualifications à l'épreuve de la donation entre époux*, Paris, 1977.  
— La loi appliquée et effets en France des décisions étrangères, *Travaux*, 1986.

ANGULO RODRIGUEZ. — « Objeto, contenido, pluralidad normativa en derecho internacional privado », *Rev. esp. der. int.*, 1970.745 et s.  
— « Du moment auquel il faut se placer pour apprécier l'ordre public international », *Revue* 1972.369 et s.

ARMINJON. — « L'objet et la méthode du droit international privé », *Rec. Cours* 1928-I, t. 21, p. 429 et s.  
La notion des droits acquis en droit international privé, *Cours Acad.* La Haye, Rec. 1933.II.1.

AUDINET (E.) — « Un projet de Code de droit international privé », *Revue* 1927, p. 1 et s.

AUDIT. — *La fraude à la loi*, Paris, 1974.  
— « Le Second "Restatement" du conflit de lois aux Etats-Unis, *tr. com. fr. d. i. p.* 1977-79, p. 29 et s.  
— « A Continental Lawyer looks at Contemporary American Choice-of-Law Principles », *A.J.C.L.*, 1979, p. 589.  
— Le caractère fonctionnel de la *règle de conflit* (Sur la « crise » des conflits de lois), *R.C.A.D.I.* 186 (1984 III), 223-397.

BALLARINO (T.). — Disciplina della forma, in : La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, *Atti del Convegno di studi...*, 21-22 janvier 1983, Milan 1983, 163-177.

BARILE. — « La fonction historique du droit international privé », *Rec. Cours* 1965-III, t. 116, p. 301 et s.

BATIFFOL. — « Codificación y unificación en derecho internacional privado », *Choix d'articles*, Paris, 1976, p. 125 et s.  
— « Les règles de conflits de lois dans les traités conclus entre l'U.R.S.S. et les démocraties populaires », *Choix d'articles*, p. 105 et s. ; *Revue* 1960.287 et s.  
— « Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative », *Choix d'articles*, p. 249 et s. ; Mél. Maury, Paris, 1960, t. I, p. 39 et s.  
— « Réflexions sur la coordination des systèmes nationaux », *Rec. Cours* 1967-I, t. 120, p. 165 et s.

- « Droit comparé, droit international privé et théorie générale du droit », *Rev. int. dr. comp.* 1970-661 et s.  
— « L'état du droit international privé en France et dans l'Europe continentale de l'Ouest », *Clunet* 1973.22 et s.  
— « La douzième session de la Conférence de La Haye de droit international privé », *Revue* 1973.243 et s.  
— « Actualité des intérêts du droit international privé », *Mél. Zweigert*, 1981, p. 23 et s.  
— « Les intérêts en droit international privé », *Mél. Kegel*, Francfort, 1977, p. 11 et s.  
— Le respect international des droits acquis, *Cours I.H.E.I.*, Paris, 1968-1969.  
— Principes de droit international privé, *Cours Acad. La Haye*, *Rec.* 1959.II.464.  
— Unilatéralisme et contrats en droit international privé, in : *Liber Amicorum A.F. SCHNITZER*, Genève 1979, 7-17.  
— Une succession de méthodes. La forme des testaments en droit international privé, *Festschrift für G. BEITZKE*, Berlin/New York 1979, 429-441.
- BATIFFOL (H.)/LAGARDE (P.). — L'improvisation de nouvelles règles de conflit de lois en matière de filiation, *R.* 1972, 1-26.
- BAUER (H.), *Les traités et les règles de droit international privé matériel*, *R.* 1966, 537-574.
- BEITZKE (G.). — *Les obligations délictuelles en droit international privé*, *R.C.A.D.I.* 115 (1965-II), 63-145.  
— Alternative Anknüpfungen, in : *Konflikt und Ordnung*, *Festschrift für M. FERID*, Munich 1978, 39-60.
- BELAID (S.) — *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Thèse, Paris, 1970.
- BISCHOFF (J.M.) — *La compétence du droit français dans le règlement des conflits de lois*, Paris, 1959.
- BOLARD (G.) — *Essai sur l'application judiciaire du droit international privé*, Thèse, Dijon, 1968.  
— « Universalisme ou nationalisme : l'hésitation française », *Annuaire suisse de dr. international* 1977.83 et s.
- BORIOLI (E.) — *La notion du renvoi en droit positif suisse*, Thèse, Genève, 1967.
- BORRMANS. — *Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours*, Paris, 1977.
- BOULANGER (J.) — « Principes généraux du droit et droit positif », *Mél. Ripert*, Paris, 1950, vol. I, p. 51 et s.  
— « Rôle du juge en cas de silence ou d'insuffisance de la loi », *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, 1949, Paris, 1950, p. 61 et s.  
— V° Jurisprudence, *Rép. Dalloz*, *Droit civil*, III.
- BUCHER (A.). — Sur les règles de rattachement à caractère substantiel, in *Liber Amicorum A.F. SCHNITZER*, Genève 1979, 37-55.
- CALAIS-AULOY (J.). — *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, thèse, Montpellier, 1959.
- CANSACCHI (G.). — Le choix et l'adaptation de la règle étrangère dans le conflit de lois, *Cours Acad. La Haye*, *Rec.* 1953.II.81.
- CARRILLO SALCEDO. — « Le renouveau de particularisme en droit international privé » *Rec. Cours* 1978-II, t. 160, p. 181-264.
- CAVERS. — « A Critique of the Choice-of-Law Problem », 47 *Harv. L. Rev.* 173 (1933).  
— « Contemporary Conflicts Law in American Perspective », *Rec. Cours* 1970-III, t. 131, p. 75 et s.
- CHAPELLE, A. — *Les fonctions de l'ordre public en droit international privé*, Thèse, Paris, 1979, 653 p.
- CHEMALY (R.). — *Conflits de lois en matière d'effets de commerce (lettres de change, billets à ordre, chèques)*, thèse mult., Paris, 1981.
- COLIN (J.P.) — *Le gouvernement des juges dans les communautés européennes*, Thèse, Paris, 1966.

- Comité français de droit international privé. — *La codification du droit international privé*, Paris, 1956.
- COUCH. — « Louisiana adopts Interest Analysis : Applause and some Observations », *Tulane Law Review* 1974-1 et s.
- COUCHEZ (G.). — *Essai de délimitation du domaine de la loi applicable au régime matrimonial*, Paris, 1972.
- COZIAN (M.). — *L'action directe*, Paris, 1969.
- DEBY-GERARD (F.). — *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Paris, 1973.
- DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.). — *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*, Paris, 1977.
- DELAPORTE (V.). — *Recherches sur la forme des actes juridiques en droit international privé*, Thèse mult., Paris, 1974.
- DELAUME (G.). — *Les conflits de lois à la veille du Code civil*, Paris, 1947.  
*Les conflits de lois à la veille du Code civil dans les traités diplomatiques*, Paris, 1948.
- DENTI (V.). — *Le rôle actif du juge*, Rapports nationaux italiens au IX<sup>e</sup> Congrès International de Droit Comparé, Téhéran, 1974, Milano, Ed. Giuffrè, 1974, p. 291 et s.
- DERRUPPÉ. — « La nationalité étrangère devant le juge français », *Revue* 1959.201 et s.  
— « Plaidoyer pour le renvoi », *Tr. com. fr. d.i.p.* 1964-1966, p. 181 et s.
- DONNEDIEU de VABRES (H.). — *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflits de lois*, Paris, 1905.
- DONNEDIEU de VABRES (J.). — *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflits de lois*, thèse, Paris, 1938.
- DONNEDIEU de VABRES (J.). — « Remarques sur la théorie du conflit des lois », *J.C.P.* 1943.I.375.
- DONNIER (M.). — « L'intérêt de l'enfant », *D.* 1959, chr. p. 179 et s.
- DROUILLAT-LEBOULANGER. — L'ordre public, *J.Cl. Droit International*, vol. 6, fasc. 534-A/534-B/534-C.
- DROZ. — « La Conférence de La Haye de droit international privé et les méthodes d'unification du droit : traités internationaux ou lois modèles ? », *Rev.int.droit comparé* 1961-507 et s.  
*Les nouvelles règles de conflit françaises en matière de forme des testaments* (Entrée en vigueur de la Convention de La Haye sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires), *R.* 1968, 1-23.
- DUBLER (C.E.). — Les clauses d'exception en droit international privé, thèse (Fribourg), *Etudes suisses de droit international*, vol. 35, Genève 1983.  
— « Le divorce des Suisses en France et sa reconnaissance en Suisse », *Revue* 1980.503 et s.
- DUTOIT. — « Le droit du mariage en U.R.S.S. et dans les pays de l'Est », in *Recueil des travaux suisses présentés au VIII<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé*, Bâle, 1970, p. 65 et s.  
— « La protection des incapables majeurs en droit international privé », *Revue* 1967, p. 465.
- EHRENZWEIG. — « La "lex fori" : eccezione o regola ? », *Diritto internazionale* 1960.223 et s.  
— « La loi du forum compétent (L'harmonie ultime des règles de conflit de lois et de conflit de juridictions) », *Liber Amicorum Baron Louis Frédéricq*, Gent, 1965, t. I, p. 399 et s.  
— « Specific Principles of Private International Law », *Rec. Cours* 1968-II, t. 124, p. 167 et s.
- ENDERLEIN. — « Le règlement juridique des relations économiques internationales en République démocratique allemande », *Clunet* 1977.390 et s.

- EÖRSI. — « Réflexions autour de l'entrée en vigueur du Code civil de la République populaire hongroise », *Revue de droit hongrois* 1960.5 et s.
- FADLALLAH (I.). — *La famille légitime en droit international privé*, Paris, 1977.
- FAHMY (M.K.). — *Le conflit mobile de lois en droit international privé*, thèse dactyl. Paris, 1951 ; Imp. de l'Univ. du Caire, 1965.
- FERRARI BRAVO (L.). — Les rapports entre les contrats et les obligations délictuelles en droit international privé, *R.C.A.D.I.* 146 (1975.III), 341-439.
- FERRER CORREIA (A.). — Les problèmes de codification en droit international privé, *R.C.A.D.I.* 145 (1975 II), 57-203.
- FLESSNER. — « Fakultatives Kollisionsrecht », *Rabels Z* 1970.547 et s.
- FOURNIER (A.). — *L'option de la victime d'une infraction en droit international et la loi applicable à l'action civile*, thèse dactyl. Nancy, 1975.
- FOYER Jacques. — « Filiation illégitime et changement de la loi applicable », Paris, 1964.  
— « L'avant-projet de Convention C.E.E. sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles », *Clunet* 1976.555 et s.  
— « Requiem pour le renvoi ? », *Tr.com.fr. d.i.p.* 1980-1981, p. 105 et s.
- FOYER Jean. — « Tournant et retour aux sources du droit international privé ? », *J.C.P.* 1976.I. 2762.
- FRAGISTAS. — « Les précédents judiciaires en Europe continentale », *Mél. Maury*, 1960, t. II, p. 139 et s.  
— « La compétence internationale en droit privé », *Rec. Cours* 1961-III, t. 104, p. 159 et s.
- FRANCESCAKIS. — *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Thèse, Paris, 1958.  
— « Droit naturel et droit international privé », *Mél. Maury*, t. I, Paris, 1960, p. 113 et s.  
— « La loi étrangère à la Cour de cassation », *D.* 1963, chr., 7.  
— « Quelques précisions sur les "lois d'application immédiate" et leurs rapports avec les règles de conflits de lois », *Revue* 1966.1 et s.  
— « Les avatars du concept de domicile dans le droit international privé actuel », *Tr.com.fr. d.i.p.* 1964, p. 291 et s.  
— « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », *Tr.com.fr. d.i.p.* 1966-69, p. 149 et s.  
— « Le droit international privé dans le monde post-colonial. Le cas de l'Afrique Noire », *Clunet* 1973.46 et s.  
— « Le surprenant article 310 nouveau du Code civil sur le divorce international », *Revue* 1975.553 et s.  
— « Une lecture demeurée fondamentale : les "Règles générales des conflits de lois" de Jacques Maury », *Revue* 1982.3 et s.  
— Rép. Dalloz Dr. International :  
— V° Conflits de lois (principes généraux)  
— V° Droit international privé comparé  
— V° Renvoi  
— V° Ordre public  
— c.r. des Mélanges Kollwijn et Offerhaus, *Revue* 1963.866.  
— c.r. de Kegel, « Begriffs- und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht », *Revue* 1954.283.  
— Lois d'application immédiate et règles de conflit, *R.D.I.P.P.* 3 (1967), 691-698.  
— Lois d'application immédiate et droit du travail. L'affaire du comité d'entreprise de la "Compagnie des Wagons-Lits", *R.* 1974, 273-296.
- GAMILLSCHEG (F.). — Les principes du droit du travail international, *R.* 1961, 265-290, 477-498, 677-699.  
— Labour Contracts, in *I.E.C.L., Privat International Law*, vol. III, Chapter 28.
- GANNAGE (P.). — *Le rôle de l'équité dans la solution des conflits de lois en jurisprudence française et libano-syrienne*, Paris, 1949.
- GAUDEMET-TALLON (H.). — *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, Paris, 1965.

- « De quelques paradoxes en matière de droit de la famille », *Rev. trim. dr. civil* 1981.719 et s.  
— « Le nouveau droit international privé européen des contrats. Commentaire de la Convention C.E.E. n° 80/934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à signature à Rome le 19 juin 1980 », *Rev. trim. dr. européen* 1981.215 et s.
- GAVALDA (Chr.). — *Les conflits dans le temps en droit international privé*, Paris, 1955.
- GLENN (H.P.). — *La capacité de la personne en droit international privé français et anglais*, Paris, 1975.  
— « Réflexions sur la codification du droit international privé au Québec et en Europe », *Revue de l'Université de Sherbrooke* 1980.231 et s.
- GONZALEZ-CAMPOS. — « Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé », *Rec. Cours* 1977-III, t. 156, p. 227 et s.  
— « Las relaciones entre forum y ius en el derecho internacional privado. Caracterización y dimensiones del problema », *Anuario de Derecho Internacional*, Universidad de Navarra, 1977-78, p. 89 et s.
- GOTHOT (P.). — Le renouveau de la tendance unilatéraliste, *R.* 1971, 1-36, 209-243, 417-450.  
— La méthode unilatéraliste face au droit international privé des contrats, Travaux du comité français de droit international privé, *Années 1975-1977*, 201-232 = *R.D.I.P.P.* 15 (1979), 5-22 = *R.* 1976, 660-674.
- GRAULICH. — « Règles de conflit et règles d'application immédiate », *Mél. Dabin*. 1963, vol. II, p. 629 et s.  
— « La signification actuelle de la règle de conflit », *Mél. A. Weill*, Paris, 1983, p. 295 et s.
- GRAVESON. — « Comparative aspects of the General Principles of Private International Law », *Rec. Cours* 1963-II, t. 109, p. 1 et s.  
— « Le renvoi dans le droit anglais actuel », *Revue* 1968.259 et s.
- GROFFIER (E.). — Le projet de codification du droit international privé québécois, *J.* 1977, 827-842.
- HABICHT. — « Le pouvoir du juge international de statuer "ex aequo et bono" », *Rec. Cours* 1934-III, t. 49, p. 277 et s.
- HAGE-CHAHINE (F.). — *Les conflits dans l'espace et dans le temps en matière de prescription*, Paris, 1977.
- HEBRAUD. — « De la corrélation entre la loi applicable à un litige et le juge compétent pour en connaître », *Revue* 1968.205 et s.
- HECK. — *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Berlin, 1932.
- Van HECKE. — « Universalisme et particularisme des règles de conflit au XX<sup>e</sup> siècle », *Mél. Dabin*, Paris, 1963, t. II, p. 939 et s.
- HERZOG. — « La théorie du forum non conveniens en droit anglo-américain : un aperçu », *Revue* 1976.1 et s.  
— « Régime matrimonial et renvoi dans deux récentes décisions de la Cour suprême de New-York », *Revue* 1968.607 et s.
- HOLDER. — « Public policy and national preferences : the exclusion of foreign law in English private international law », *The Int. and com. L. Quarterly* 1968.926 et s.
- HOLLEAUX (D.). — *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Paris, 1970.  
*J.-Cl. droit international*, Fasc. 584 A et 584 B, 1<sup>er</sup> et 2<sup>e</sup> cahier.
- V<sup>o</sup> effets en France des décisions étrangères.
- Van HOOGSTRAATEN. — « La codification par traités en droit international privé », *Rec. Cours* 1967-III, t. 122, p. 341 et s.
- INGLIS. — « Jurisdiction, the doctrine of forum conveniens, and choice of law in conflict of laws », *The Int. and Comp. L. Quarterly* 1965.380 et s.
- IMHOFF-SCHIEFER (A.C.). — Quelques observations sur le projet de Convention de La Haye sur la loi applicable à certaines ventes aux consommateurs, *A.S.C.I.* XXXVII (1981), 129-150.

- JAYME (E.). — Considérations historiques et actuelles sur la codification du droit international privé, *R.C.A.D.I.* 177 (1982 IV), 9-102.
- JESSURUN D'OLIVEIRA. — « Universalisme ou régionalisme de la Conférence de La Haye », *Revue* 1966.347 et s.  
— « Die Freiheit des niederländischen Richters bei der Entwicklung des internationalen Privatrechts », *Rechts Z* 1975.224 et s.
- JOBARD-BACHELLIER. — L'apparence en droit international privé, Paris, 1984.
- JOERGES. — Zum Funktionswandel des Kollisionsrechts, Berlin, 1971.
- KAHN-FREUND. — « La notion anglaise de la "proper law of the contract" devant les juges et les arbitres », *Revue* 1973.607 et s.
- KEGEL. — « Begriffs-und Interessenjurisprudenz im I.P.R. », *Mél. H. Lewald*, Bâle, 1953, p. 259 et s. ; c.r. in *Revue* 1954.238.  
— « The Crisis of Conflict of Laws », *Rec. Cours* 1964-II, t. 112, p. 91 et s.
- KISCH. — « La loi la plus favorable. Réflexions à propos de l'article 9(3)2 de la loi uniforme Benelux », *Mél. Gutzwiller*, Bâle, 1959, p. 373 et s.
- KNAPP. — « La nouvelle législation civile en Tchécoslovaquie », *Rev. int. dr. comp.* 1964.753 et s.  
— « La création du droit par le juge dans les pays socialistes », *Mél. Rheinstein*, Tübingen, 1969, t. I, p. 67 et s.  
— « La technique de la réforme du droit dans les pays socialistes », *Rev. int. dr. comp.* 1970.5 et s.  
— « La codification du droit civil dans les pays socialistes européens », *Rev. int. dr. comp.* 1979.733 et s.
- LABORDE. — La pluralité du point de rattachement dans l'application de la règle de conflit, Thèse, Bordeaux, 1981, 2 vol.
- LAGARDE. — Recherches sur l'ordre public en droit international privé, Paris, 1959.  
1977.I.111. La réciprocité en droit international privé, *Corus Acad.*, La Haye, Rec.  
— Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, *Rec. Cours* 1986-I, p. 9 et s.  
— « La règle de conflit applicable aux questions préalables », *Revue critique de droit international privé*, 1960, p. 459.  
— « Les interprétations divergentes d'une loi uniforme donnent-elles lieu à un conflit de lois ? » *Revue critique de droit international privé*, 1964, p. 235.  
— « De quelques conséquences de la décolonisation sur le droit français de la nationalité », *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p. 511.  
— « Le champ d'application dans l'espace des règles uniformes de droit privé matériel », *Etudes de droit contemporain*, rapport au VIII<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé (Pescara, 1970), Paris, Ed. de l'Epargne, 1971, p. 149.  
— « Destinées de l'arrêt *Rivière* », *Clunet*, 1971, p. 241.  
— « L'improvisation de nouvelles règles de conflit de lois en matière de filiation » (en collaboration avec H. Batiffol), *Revue critique de droit international privé*, 1972, p. 1.  
— « Les modes non formels d'expression de la volonté juridique en droit international privé français », *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XX, 1968, p. 189.  
— « La rénovation du Code de la nationalité par la loi du 9 janvier 1973 », *Revue critique de droit international privé*, 1973, p. 431.  
— « Examen de l'avant-projet C.E.E. sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 32<sup>e</sup> à 34<sup>e</sup> année, 1971-1973, p. 147.  
— « L'application de la Convention de Bruxelles aux actions en contrefaçon de brevets nationaux », *Propriété industrielle, Bulletin documentaire*, septembre 1974, p. 39.  
— « La condition de réciprocité dans l'application des traités internationaux : son appréciation par le juge interne », *Revue critique de droit international privé*, 1975, p. 25.  
— « Le dépeçage dans le droit international privé des contrats », *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1975, p. 649.  
— « Le droit transitoire des règles de conflit après les réformes récentes du droit de la famille », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1977-1979, p. 89.  
— « Les contrats dans le projet suisse de codification du droit international privé », *Annuaire suisse de droit international*, 1979, p. 72.

- « Approche critique de la *lex mercatoria* », *Le droit des relations économiques internationales Etudes offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, p. 125.
- « Nationalité et filiation : leur interaction dans le droit comparé de la nationalité », *Nationalité et statut personnel*, Bruxelles-Paris, 1984, p. 475.
- LASSALLE (F.), *Théorie des droits acquis et des conflits de lois*, 1861, trad. GIARD, Paris, 1904.
- LEPAULLE (P.). — *Traité théorique et pratique des trusts*, Paris, 1932.
- LEQUETTE (Y.). — *Protection familiale et protection étatique des incapables*, Paris, 1976.
- LEH. — « La codification du droit coutumier hongrois », *Rev. int.dr.comp.* 1960.559 et s.
- « Le droit international privé hongrois à la lumière des conventions bilatérales d'entraide judiciaire », *Clunet* 1964.523 et s.
- LEHMANN. — Les qualifications, *J. Cl. Dr. Int.*, vol. 6, Fasc. 531.
- LEPAULLE. — « Nature et méthode du droit international privé », *Clunet* 1936.284 et s.
- « Les réalités sociales et le droit international privé », *Tr. com. fr. d.i.p.* 1966.69, p. 1 et s.
- LEQUETTE. — *Recherches sur les modes de protection des incapables en droit international privé*, Paris, 1976, 335 p.
- LEREBOURS-PIGEONNIÈRE. — « Observations sur la question du renvoi », *Clunet* 1924.877 et s.
- LEVEL (P.). — *Essai de systématisation du conflit de lois dans le temps*, Paris, 1959.
- LEWALD (H.) — « La théorie du renvoi », *Rec. Cours* 1929.IV, t. 29, p. 515 et s.
- LOUIS-LUCAS. — « Remarques sur l'ordre public », *Revue* 1933.393 et s.
- « Les conflits de nationalités », *Rec. Cours* 1938-II, t. 64, p. 1 et s.
- « Le développement de la compétence du droit français dans le règlement des conflits de lois », *Etudes Ripert*, Paris, 1950, t. I, p. 271 et s.
- « Les principes directeurs posés par le projet de codification du droit international privé français », *Revue* 1951.393 et s.
- « Le colloque des 20 et 21 mai 1955 sur la codification du droit international privé français », *Revue* 1956.391 et s.
- « Existe-t-il une compétence générale du droit français pour le règlement des conflits de lois ? », *Revue* 1959.405 et s.
- « La liberté contractuelle en droit international privé français », *Mél. Dabin*, Paris, 1963, t. II, p. 743 et s.
- « Vue simplifiée du renvoi », *Revue* 1964.1 et s.
- « Vérité matérielle et vérité juridique », *Mél. Savatier*, Paris, 1965, p. 583 et s.
- LOUSSOUARN. — « La IX<sup>e</sup> Session de la Conférence de La Haye de Droit International Privé », *Clunet* 1961.655 et s.
- « Les conséquences en droit international privé du développement du rôle de l'Etat », in *Etudes de droit contemporain*, IV<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé, 1962, spéc. p. 293 et s.
- « La règle de conflit est-elle neutre ? », *Tr. com. fr. d.i.p.* 1981-1983, vol. 2, p. 43 et s.
- LUCIEN-BRUN. — *Le rôle et les pouvoirs du juge dans le Code civil suisse*, Genève, 1920.
- LÜDERITZ. — « Anknüpfung im parteiinteresse », *Mél. Kegel, Frankfurt*, 1977, p. 31 et s.
- LUNZ. — « L'objet et les principes fondamentaux du droit international privé en U.R.S.S. et dans les autres pays socialistes européens », *Clunet* 1973.97 et s.
- MARIDAKIS. — « Considérations sur l'activité de l'Etat concernant l'énoncé de règles de droit international privé », *Mél. Gutzwiller*, Bâle, 1959, p. 253 et s.
- « Réflexions sur la question de la fraude à la loi d'après le droit international privé », *Mél. Maury*, Paris, 1960, t. I, p. 231 et s.
- « Rapport sur le renvoi présenté à la session d'Amsterdam, in *Ann. de l'Institut de Droit International*, 1957, t. 47-II, p. 1 et s.
- MARKOFF. — « Le règlement du statut personnel dans les traités conclus entre l'U.R.S.S. et les démocraties populaires », *Revue* 1966.575 et s.

- MARTY. — « Rôle du juge dans l'interprétation des contrats », *Tr. Ass. H. Capitant*, 1949, p. 84 et s.
- MATEUCCI. — « L'évolution en matière d'unification du droit », *Rev. int. dr. comp.* 1961.285 et s.
- MAURY (J.). — *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, thèse, Toulouse, 1920.  
— L'éviction de la loi normalement compétente. L'ordre public international et la fraude à la loi, *Valladolid*, 1952, 174 p.  
— « L'arrêt Nottebohm et la condition de nationalité effective », *Festgabe für A. Makarov*, *RabelsZ* 1958.515 et s.
- MAYER (D.). — *Rapports de la compétence judiciaire et de la compétence législative dans le droit international privé de la famille*, Thèse, Paris, 1972, 434 p.  
— « Evolution du statut de la famille en droit international privé », *Clunet* 1977.447 et s.
- MAYER, P. — La distinction entre règles et décisions et le droit international privé, Paris, 1973.  
— « L'office du juge dans le règlement des conflits de lois », *Tr. com. fr. d.i.p.* 1977, p. 233 et s.  
— « Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges en droit international privé », *Communication du Colloque de l'Association H. Capitant des Amis de la Culture juridique française*, Florence, 1980, p. 385 et s.  
— « Les lois de police étrangères », *Clunet* 1981.277 et s.
- Mc DOUGAL. — « Codification of Choice of Law : A Critique of the Recent European Trend », *Tulane Law Review*, 1980.114 et s.
- Von MEHREN. — « The Renvoi and its relation to various approaches to the choice-of-law problem », *Mél. Yntema*, Leyden, 1961, p. 380 et s.
- MEIJERS (E.M.). — *Etudes d'histoire du droit international privé*, trad. P.C. Timbal et J. Metman, Paris, 1967.
- Histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen-Age, spécialement dans l'Europe occidentale, *Cours Acad. La Haye*, Rec. 1934.III.643.
- MIAJA DE LA MUELA. — « Riflessioni sull'elaborazione di un nuovo sistema spagnolo di diritto internazionale privato e di diritto interregionale », *Diritto internazionale* 1963.307 et s.  
— « Soluciones "sanas" a los conflictos de las leyes : "Favor negotii" y respeto a los derechos adquiridos », *Rec. esp. der. int.* 1964.16 et s.  
— « Les principes directeurs des règles de compétence territoriale des tribunaux internes en matière de litiges comportant un élément international », *Rec. Cours* 1972-I, t. 135, p. 1 et s.
- MICARD, G. — *Le rôle du juge dans l'application des lois étrangères*, Thèse, Paris, 1907, 103 p.
- MOSCONI. — « Il ruolo della lex fori nelle recenti Convenzioni dell'Aja », *Diritto internazionale* 1965.261 et s.
- MOTULSKY. — *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Paris, 1948.  
— « L'office du juge et la loi étrangère », *Mél. Maury*, Paris, 1960, t. I, p. 337 et s.
- NAJJAR (I.). — Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral, Paris, *L.G.D.J.* 1967.
- NEUMAYER. — « Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé », *Revue* 1957.579 et s., 1958.53 et s.
- NIEDERLÄNDER. — « Materielles Recht und Verfahrensrecht im internationalen Privatrecht », *RabelsZ* 1955.1 et s.
- NOLDE. — « La codification du droit international privé », *Rec. Cours* 1936-I, t. 55, p. 299 et s.  
— « Les étapes historiques de la codification législative du droit international privé », *Revue* 1927.361 et s.  
— « Anwendbares Recht und Gerichtsstand im internationalen Privatrecht », *Zeitschrift für rechtsvergleichende Wissenschaft* 1941.292 et s.



- NORMAND. — *L'office du juge et la contestation*, Thèse, Lille, 1965, 526 p.
- NORTH. — « Problems of Codification in a Common Law System », *Rebels Z* 1982.490 et s.
- De NOVA. — « Solution du conflit de lois et règlement satisfaisant du rapport international », *Revue* 1948.179 et s.  
— « Conflits des lois et normes fixant leur propre domaine d'application », *Mél. Maury*, Paris, 1960, t. I, p. 377 et s.  
— « Adoption in Comparative Private International Law », *Rec. Cours* 1961-III, t. 104, p. 69 et s.  
— « Recenti sviluppi in diritto internazionale privato », *Diritto internazionale* 1968.20 et s.  
— « Il "Restatement Second, Conflict of Laws" », *Riv. dir. internaz. priv. e proc.* 1974.424 et s.  
— « Rilevanza del contenuto delle norme in conflitto nella determinazione tradizionale della legge applicabile », *Riv. dir. internaz. priv. e proc.* 1978.241 et s.
- Von OVERBECK. — « Divers aspects de l'unification du droit international privé, spécialement en matière de successions », *Rec. Cours* 1961-III, t. 104, p. 529 et s.  
— « Les règles de droit international privé matériel », *Mél. Kollwijn et Offerhaus*, Leyden, 1962, p. 362 et s.  
— « Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht », *Ann. suisse dr. int.* 1964.25 et s.  
— « The role of the judge under the Swiss Civil Code », in *Problems of Codification*, Camberra, 1977, p. 135 et s.  
— « L'application par le juge interne des conventions de droit international privé », *Rec. Cours* 1971-I, t. 132, p. 1 et s.
- De PASQUIER. — Les lacunes de la loi et la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse sur l'article 1<sup>er</sup> C.C.S., Bâle, 1951, 74 p.
- PATARIN (J.). — *Le problème de l'équivalence juridique des résultats*, Paris, 1954.
- PILLET (A.). — La théorie des droits acquis, *Cours Acad. La Haye*, *Rec.* 1925.III.485.  
— « Contre la doctrine du renvoi », *Revue* 1913.5 et s.
- POCAR. — La protection de la partie faible en droit international privé, *Rec. Cours* 1984.
- POISSON. — « Les relations entre époux dans les récentes codifications du droit international privé », *Revue* 1967.277 et s.
- RAAPE. — « Les rapports juridiques entre parents et enfants », *Rec. Cours* 1934.IV, t. 50, p. 401 et s.
- RIGAUX (F.). — Le conflit mobile en droit international privé, *R.C.A.D.I.*, 117 (1966 I), 329-444.  
— La loi applicable à la forme des actes juridiques, in *Liber Amicorum A.F. SCHNITZER*, Genève 1979, 381-393.  
— « Le droit international privé face au droit international », *Revue* 1976.261 et s.  
— La théorie des qualifications en droit international privé, Paris-Bruxelles, 1956.
- RIPERT (G.). — *Les forces créatrices du droit*, Paris, 1955.
- ROUBIER (P.). — *Théorie générale du droit — Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1951 — *Le droit transitoire*, Paris, 1961.
- SANTA-CROCE CEALIS. — *La vocation subsidiaire de la loi du juge saisi dans le règlement des conflits de lois*, Thèse, Paris, 1975.
- SCHNITZER. — « Les contrats internationaux en droit international privé suisse », *Rec. Cours* 1968-I, t. 123, p. 541 et s.  
— « L'autonomie des parties en droit interne et en droit international », *Revue* 1939.243 et s.  
— « La loi applicable aux contrats », *Revue* 1955.459 et s.
- SCHURIG. — *Kollisionsnorm und Sachrecht*, Berlin, 1981, 329 p.
- SCHWIND. — « Problems of codification of private international law », *Int. Comp. Law Quarterly* 1968.428 et s.  
— « Le divorce en droit international privé », *Rec. Cours* 1966-I, t. 117, p. 445 et s.

- SILVA ALONSO. — « La norma de conflicto como regla instrumental », *Rev. esp. der. int.* 1972.361 et s.
- SIMON-DEPITRE (M.)/FOYER (J.). — *Le nouveau droit international privé de la filiation*, Paris 1973.
- SKAPSKI. — « Les obligations en droit international privé dans le cadre du commerce extérieur des pays socialistes », *Rec. Cours* 1972-II, t. 136, p. 499 et s.
- SOSNIAK. — « Les conventions conclues entre les pays socialistes sur le droit civil international et le droit international de la famille », *Rec. Cours* 1975-I, t. 144, p. 1 et s.
- SPERDUTI (G.). — *Saggi di teoria generale del diritto internazionale privato*, Milan 1967 — L'individu et les normes internationales, *Cours Acad. La Haye, Rec.* 1956.II.727. — La sottoposizione volontaria a una legge nel pensiero di Savigny, *R.D.I.* 50 (1967), 24-32.
- STEIGER. — « La protection des mineurs en droit international privé », *Rec. Cours* 1964-II, t. 112, p. 469 et s.
- STEINDORFF. — *Sachnormen im internationalen Privatrecht*, Francfort, 1958.
- SZASZY. — « The Basic Connecting Factor in international Cases in the domain of Civil Procedure », *Int. and Comp. Is. Quarterly* 1966.436 et s. — « L'évolution des principes généraux du droit international privé dans les pays de démocratie populaire », *Revue* 1963.1 et s., 233 et s. — Les conflits de lois en matière de droit du travail, Rapport provisoire et Rapport définitif, *Ann. Inst. Dr. Int.* 54 I (1971), 228-519 ; Résolution de l'Institut, *Ann. Inst. Dr. Int.* 54 II (1971), 461-464. — La détermination de la loi compétente dans le domaine du droit international du travail, in *Studi in onore di G. BALLADORE PALLIERI*, 2 vol., Milan 1978, II, 580-598.
- TABORDA FERREIRA. — « La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique au Portugal », *Rec. Cours* 1956-I, t. 89, p. 605 et s.
- THERY (Ph.). — *Pouvoir juridictionnel et compétence (étude de droit international privé)*, thèse dactyl. Paris 11 1981.
- TÖTTERMANN (R.E.B.), Functional Bases of the Rule Locus Regit Actum in *English Conflict Rules*, *I.C.L.Q.* 2 (1953), 27-46.
- TOUBIANA. — *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé*, Paris, 1972.
- TOUSCOZ (J.). — *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*, Paris, 1964.
- TRAMMER. — Rubrique « Droit international privé » in *Introduction à l'étude du droit polonais*, Editions Scientifiques de Pologne, Varsovie, 1967, p. 269 et s.
- TRAVAUX DE L'ASSOCIATION H. CAPITANT — La réaction de la doctrine à la création du droit par les juges, *Journées italiennes de Florence*, t. XXXI, 1980, Paris, p. 331 et s. Rapports de Vitta, Rigaux, Groffier, Mayer, Vrellis, Gannagé, Connell-Thouez, Wagner, Korthalis-Altes, Tomaszewski et Lalive.
- VALLINDAS. — « Considérations de science législative sur la codification, spécialement en droit privé », *Rec. int. de droit comparé* 1956, p. 28-38. — « La structure de la règle de conflit », *Rec. Cours* 1960-III, t. 101, p. 333 et s. — « Le droit international privé dans le Code civil hellénique », *Rev. int. dr. comp.* 1949.95 et s.
- VISCHER (F.). — The Antagonism Between Legal Security and the Search for Justice in the Field of Contracts, *R.C.A.D.I.* 142 (1974-II), 3-70.
- VITTA (E.). — *Diritto internazionale privato*, 3 vol., Turin 1975. — Cours général de droit international privé, *R.C.A.D.I.* 162 (1979-I), 1-243. — « International Conventions and National Conflict Systems », *Rec. Cours* 1969-I, t. 126, p. 116 et s. — La Convenzione C.E.E. sulle obbligazioni contrattuali e l'ordinamento italiano, *R.D.I.P.P.* 17 (1981), 837-852.
- VOUILLOZ. — *Le rôle du juge civil à l'égard du droit étranger*, Editions universitaires, Fribourg (Suisse), 1964.

- WEINTRAUB (R.J.). — The Future of Choice of Law for Torts : What Principles Should Be Preferred ?, *Law & Contemp. Prob.* 41 (1977), 146-163.
- WENGLER (W.). — « Les principes généraux de droit international privé et leurs conflits ». *Rev. crit. dr. int. pr.* 1952, 595. — « Réflexions sur la technique des qualifications en droit international privé », *Rev. Crit. int. pr.* 1954, 668.  
— The General Principles of Private International Law, *R.C.A.D.I.* 104 (1961-III), 278-469.  
— Les conflits de lois et le principe d'égalité, *R.* 1963, 203-231, 503-527 ; version allemande : Das Gleichheits-prinzip im Kollisionsrecht, in *Eranion Georges S. MARIDAKIS*, vol. III, Athènes 1964, 329-379 ; version anglaise : The Significance of the Principle of Equality in the Conflict of Laws, *Law & Contemp. Prob.* 28 (1963), 822-859.  
— Nouvelles réflexions sur les "questions prétables", *R.* 1966, 165-215.
- WYRWA. — « La nouvelle codification civile en Pologne populaire et le problème du "droit économique" », *Rev. int. dr. comp.* 1965, p. 417-429.
- YNTEMA. — « Les objectifs du droit international privé » *Revue* 1959, p. 1-29.
- ZAJTAY. — « La permanence des concepts du droit romain dans les systèmes juridiques continentaux », *Rev. int. de droit comparé* 1966, p. 353-363.  
— Contribution à l'étude de la condition de la loi étrangère du droit international privé français, Paris, 1958.  
— « Réflexions sur le problème de la division des familles de droits », *RabelsZ* 1973.210 et s.  
— « Le traitement du droit étranger dans le procès civil. Etude de droit comparé, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 1968.233 et s.
- ZWEIGERT. — « Die dritte Schule im internationalen Privatrecht », *Mél. Raape*, Hambourg, 1948, p. 35 et s.  
— « Méthodologie du droit comparé », *Mél. Maury*, Paris, 1960, t. 1, p. 579 et s.

## TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION .....	6
<i>Notes de l'introduction</i> .....	11
Première partie : LA STRUCTURE DU SYSTEME ALTERNATIF .....	15
<i>Notes</i> .....	18
Chapitre premier : L'OPTION ET SON TITULAIRE .....	19
Section I — LA REGLE A RATTACHEMENTS ALTERNATIFS EST UNE REGLE A OPTION .....	21
§ 1 — <i>L'application optionnelle de la règle dépend de la volonté de l'auteur</i> .....	
I — Modes d'expression de la volonté de l'auteur de la règle .....	22
a) <i>La volonté implicite de l'auteur</i> .....	
b) La volonté explicite ou les rattachements disjoints .....	23
II — Détermination de l'auteur de la règle .....	25
a) <i>Règles créées par le législateur</i> .....	26
b) Règles créées par la jurisprudence .....	27
§ 2 — <i>L'application optionnelle de la règle peut-elle avoir lieu contre la volonté de son auteur ?</i> .....	28
Section II — DETERMINATION DU TITULAIRE DE L'OPTION .....	31
§ 1 — <i>L'option appartient aux parties intéressées</i> .....	
A — Détermination de la partie intéressée .....	
a) <i>L'option appartient aux deux parties</i> .....	32
b) L'option appartient à une seule des parties .....	34
B — L'exercice de l'option par les parties .....	
a) <i>Le moment de l'option</i> .....	35
b) Le contenu de l'option .....	36
§ 2 — <i>L'option appartient au juge saisi de la cause</i> .....	37
A — L'intérêt des parties et le choix du juge sont convergents .....	38
B — L'intérêt des parties et le choix du juge sont divergents .....	39
CONCLUSION DU CHAPITRE .....	40
<i>Notes du chapitre</i> .....	41

<b>Chapitre deuxième : LA FINALITE MATERIELLE</b> .....	<b>47</b>
<b>Section I — L'OPTION S'EXERCE EN FONCTION D'UN RESULTAT</b> .....	<b>53</b>
§ 1 — <i>Les rattachements alternatifs : instruments de protection des faibles et des contractants de bonne foi</i> .....	
A — Les rattachements alternatifs : instruments de protection des faibles ...	54
a) <i>Les rattachements alternatifs dans le domaine du droit de la famille</i>	
b) <i>Les rattachements alternatifs dans le domaine du droit des obligations</i>	
α <i>Les rattachements alternatifs dans le domaine des obligations volontaires</i> .....	
β <i>Les rattachements alternatifs dans le domaine des obligations non-volontaires</i> .....	
B — Les rattachements alternatifs : instruments de protection des contractants de bonne foi .....	59
§ 2 — <i>Les rattachements alternatifs : instruments de protection du commerce juridique</i>	61
I — Les rattachements alternatifs et la forme des actes juridiques .....	
II — Rattachements alternatifs et situations acquises à l'étranger .....	63
<b>Section II — LES MODALITES DE RESULTAT EN FONCTION DE LA FINALITE MATERIELLE DE LA REGLE</b> .....	<b>67</b>
§ 1 — <i>Le degré de substantialité dépend de la structure externe de la règle</i> .....	
A — Règles unilatérales à rattachements alternatifs .....	
a) <i>nature des règles unilatérales à rattachements alternatifs</i> .....	68
b) <i>fondement des règles unilatérales à rattachements alternatifs</i> .....	69
B — Règles bilatérales à rattachements alternatifs .....	70
a) <i>nature des règles bilatérales à rattachements alternatifs</i> .....	71
b) <i>fondement des règles bilatérales à rattachements alternatifs</i> .....	72
§ 2 — <i>Le degré de substantialité dépend de la position respective des rattachements</i>	73
I — Règles à rattachements alternatifs non hiérarchisés .....	74
A — L'équivalence des rattachements .....	
a) <i>Illustration de l'équivalence des rattachements</i> .....	
b) <i>L'indifférence au choix du rattachement opératoire</i> .....	
B — Différents types de règles à rattachements alternatifs non hiérarchisés .	76
a) <i>Règles à rattachements indéterminés</i> .....	
b) <i>Règles à rattachements déterminés</i> .....	
II — Règles à rattachements alternatifs hiérarchisés .....	80
A — Critères de hiérarchisation des rattachements .....	81
a) <i>critère subjectif de hiérarchisation des rattachements</i> .....	
1 - <i>Proposition du problème</i> .....	
2 - <i>Solution du problème</i> .....	
b) <i>Critère objectif de hiérarchisation des rattachements</i> .....	
B — Modèles de hiérarchisation des rattachements .....	83
a) <i>Quant à la matière réglementée</i> .....	
1 - <i>Modèle de la diversité du rattachement principal</i> .....	
2 - <i>Modèle de la diversité des rattachements subsidiaires</i> .....	
b) <i>Quant à la fonction du rattachement</i> .....	
§ 3 — <i>Le degré de substantialité dépend du degré de localisation</i> .....	86
<b>CONCLUSION DU CHAPITRE</b> .....	<b>89</b>
<i>Notes du chapitre</i> .....	<b>90</b>

<b>Deuxième partie : LE FONCTIONNEMENT DU SYSTEME ALTERNATIF .....</b>	<b>104</b>
<i>Notes</i> .....	107
<b>Chapitre premier : LA COORDINATION DES LOIS INTERESSEES .....</b>	<b>108</b>
<b>Section I — LA NECESSITE DE COORDINATION DES LOIS INTERESSEES ..</b>	<b>110</b>
§ 1 — <i>Conditions tendant à l'évaluation d'une conduite ou d'un état</i> .....	112
A — Conditions relatives à l'évaluation d'une conduite .....	
B — Conditions relatives à l'évaluation d'un état .....	
a) <i>Concours entre une règle à rattachement unique et une règle à rattachements alternatifs</i> .....	115
b) <i>Concours entre deux ou plusieurs règles à rattachements alternatifs</i> ..	116
§ 2 — <i>Conditions tendant à favoriser la validité d'un acte</i> .....	118
A — Conditions tendant à la validité formelle de l'acte .....	119
B — Conditions tendant à la validité substantielle de l'acte .....	121
<b>Section II — LES MODALITES DE COORDINATION DES LOIS INTERESSEES</b>	<b>123</b>
§ 1 — <i>La satisfaction aux exigences de l'une au moins des lois est nécessaire</i> .....	
A — Conditions générales exigées pour la concrétisation de l'effet .....	125
B — Conditions spéciales exigées pour la concrétisation de l'effet .....	126
§ 2 — <i>La satisfaction aux exigences d'une seule des lois en concours est suffisante</i> ..	127
<i>Notes du chapitre</i> .....	130
<b>Chapitre deuxième : LES INCIDENTS DE FONCTIONNEMENT DU SYSTEME ALTERNATIF .....</b>	<b>137</b>
<b>Section I — LE SYSTEME ALTERNATIF ET LE RENVOI .....</b>	<b>138</b>
§ 1 — <i>Le système alternatif et l'admissibilité du renvoi</i> .....	
A — Le renvoi face à l'option des parties .....	
a) <i>Les termes du débat : au plan général</i> .....	139
b) <i>Les termes du débat : au plan particulier</i> .....	140
B — Le renvoi dans les législations contemporaines .....	141
§ 2 — <i>Le système alternatif et l'admission du renvoi</i> .....	142
A — L'admission du renvoi <i>in favorem</i> .....	
a) <i>La recherche d'un résultat : fondement autonome du renvoi</i> .....	
b) <i>Délimitation de l'étendue du renvoi</i> .....	
B — Le renvoi <i>in favorem</i> est-il encore un véritable renvoi ? .....	145
<b>Section II — LE SYSTEME ALTERNATIF ET L'ELEMENT TEMPOREL .....</b>	<b>146</b>
§ 1 — <i>Le système alternatif et la modification de l'élément de rattachement</i> .....	147
A — L'auteur de la règle n'a pas immobilisé le rattachement mobile .....	
B — L'auteur de la règle a immobilisé le rattachement mobile .....	149
§ 2 — <i>Le système alternatif et la modification de la règle de droit</i> .....	152
A — Le problème se pose au stade de la compétence indirecte .....	154
a) <i>Comment le problème se pose-t-il ?</i> .....	
b) <i>Pourquoi le problème se pose-t-il ?</i> .....	

B — La solution du problème par l'adoption du système alternatif .....	156
a) <i>Les titres d'application respectifs de la loi ancienne et de la loi nouvelle</i> .....	—
I — Les titres d'application de la loi ancienne .....	156
II — Les titres d'applicabilités de la loi nouvelle .....	157
b) <i>L'option s'effectue en fonction du résultat</i> .....	158
<b>CONCLUSION DU CHAPITRE</b> .....	159
<i>Notes du chapitre</i> .....	160
<b>Chapitre troisième : ESSAI DE CORRECTION DU SYSTEME ALTERNATIF PAR LE PRINCIPE DE PROXIMITE</b> .....	167
<b>Section I — POSITION DU PROBLEME : L'OPPOSITION ENTRE LA METHODE FONDÉE SUR L'OPTION ET LA METHODE FONDÉE SUR LA PROXIMITE</b> .....	169
§ 1 — <i>Le principe : l'option exclut la localisation</i> .....	169
A — La recherche d'un résultat ne peut pas être écartée par le critère fondé sur le lien le plus étroit .....	170
a) <i>Le caractère substantiel l'emporte sur le caractère indirect de la règle</i> .....	—
b) <i>La localisation peut être exclue en raison de la titularité de l'option.</i> .....	—
B — L'autonomie de la volonté n'est pas un critère localisateur .....	172
§ 2 — <i>Le tempérament : la nature hybride des règles à rattachements alternatifs</i> ...	173
A — Le résultat recherché dépend du contenu des lois visées par la règle de conflit .....	—
a) <i>L'élément localisateur adjoint aux rattachements alternatifs</i> .....	174
b) <i>L'élément localisateur intégré dans les rattachements alternatifs</i> ...	176
B — Le résultat recherché n'est pas toujours atteint par l'application des lois visées par la règle de conflit .....	176
a) <i>Limitation des possibilités d'atteindre le résultat par la limitation du nombre des rattachements en concours</i> .....	177
b) <i>Chaque droit matériel visé établit les conditions nécessaires à l'obtention du résultat</i> .....	178
<b>Section II — SOLUTION DU PROBLEME : POSSIBILITE DE CORRECTION DU SYSTEME ALTERNATIF PAR LE PRINCIPE DE PROXIMITE</b> ..	179
§ 1 — <i>Le principe de proximité : correctif au rattachement inopérant</i> .....	180
A — L'application du principe de proximité permet l'obtention du résultat recherché .....	180
a) <i>Le principe de proximité : correctif intégré à la règle alternative</i> ...	181
1°) <i>L'intégration totale du principe de proximité dans la règle alternative</i> .....	—
2°) <i>Intégration partielle du principe de proximité dans la règle alternative</i> .....	—
b) <i>Le principe de proximité : correctif autonome du système alternatif</i> .....	184
1°) <i>L'autonomie relative du principe de proximité en tant qu'élément correcteur</i> .....	—
2°) <i>L'autonomie absolue du principe de proximité en tant qu'élément correcteur</i> .....	—
B — L'application du principe de proximité permet d'éviter l'application de l'exception d'ordre public .....	187
a) <i>Le principe de proximité permet l'obtention du minimum de protection garanti</i> .....	187
b) <i>La rencontre de la finalité matérielle et du principe de proximité</i> ...	189
§ 2 — <i>Le principe de proximité : correctif au défaut d'option des parties intéressées</i> .....	192
A — Le principe de proximité permet la concrétisation de l'attente légitime des parties .....	193

a) <i>Le principe de proximité : correctif implicite ou spontané du système alternatif</i> .....	194
b) <i>le principe de proximité : correctif explicite ou imposé du système alternatif</i> .....	195
B — L'attente légitime des parties et le rôle du juge .....	197
CONCLUSION DU CHAPITRE ET NOTES .....	199
CONCLUSION GENERALE .....	209
Notes .....	212
ANNEXES .....	213
I — Tableau des principales dispositions concernées .....	213
— Dispositions de source étatique .....	213
— Dispositions de source interétatique .....	214
— Résolutions de l'Institut de Droit international .....	214
II — Reproduction de quelques dispositions citées .....	214
A — Dispositions étatiques .....	214
1 — France .....	214
2 — République démocratique allemande .....	215
3 — République fédérale d'Allemagne .....	215
4 — Autriche .....	219
5 — République populaire de Chine .....	219
6 — Hongrie .....	219
7 — Pays-Bas .....	220
8 — Pologne .....	221
9 — Portugal .....	221
10 — Pérou .....	222
11 — Suisse .....	223
12 — Yougoslavie .....	227
B — Dispositions conventionnelles et résolutions de l'Institut de Droit international .....	228
a) <i>Conventions de La Haye</i> .....	228
1 — Convention sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires .....	228
2 — Convention sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière .....	228
3 — Convention sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits .....	229
4 — Convention sur la loi applicable aux obligations alimentaires ..	229
b) <i>Convention de la communauté économique européenne</i> .....	229
— Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles ...	229
c) <i>Convention de la C.I.E.C.</i> .....	231
— Convention sur la légitimation par mariage signée à Rome le 10 septembre 1970 .....	231
d) <i>Résolutions de l'Institut de Droit international</i> .....	231
1 — Résolution adoptée à la session de Dijon en septembre 1981 ...	231
2 — Résolution adoptée à la session du Caire en septembre 1987 ...	232
III — Bibliographie .....	234
TABLE DES MATIERES .....	248



